



**Les recours en matière de marchés publics en France et
aux Etats-Unis : une analyse juridique et économique /
Remedies in the Field of Public Procurement Law in
France and in the USA: a Legal and Economic
Comparison**

François Lichère, Frédéric Marty

► **To cite this version:**

François Lichère, Frédéric Marty. Les recours en matière de marchés publics en France et aux Etats-Unis : une analyse juridique et économique / Remedies in the Field of Public Procurement Law in France and in the USA: a Legal and Economic Comparison. Weaver R.L. et Lichère F. Recours et analyse économique / Remedies and Economics, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix en Provence, pp.12-75, 2011. hal-00615147

HAL Id: hal-00615147

<https://hal.science/hal-00615147>

Submitted on 18 Sep 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les recours en matière de marchés publics en France et aux Etats-Unis: une analyse juridique et économique

Par François Lichère¹ and Frédéric Marty²

Manuscrit auteur

Une version ultérieure en français et en anglais a été publiée sous le titre

« Les recours en matière de marchés publics en France et aux Etats-Unis : une analyse juridique et économique / Remedies in the Field of Public Procurement Law in France and in the USA: a Legal and Economic Comparison

in Weaver R.L. et Lichère F., (eds.), Recours et analyse économique / Remedies and Economics, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix en Provence, janvier 2011, pp.12-75.

Le droit des marchés publics a pour objet de garantir que les marchés publics sont attribués sans discrimination et en toute transparence afin d'éviter que les personnes publiques soient tentées de choisir leur cocontractant pour des raisons politiques (à l'image de choix faits au profit d'entreprises qui financent un parti politique, ou d'entreprises locales ou nationales etc.).

Ces règles formelles peuvent aussi être regardées comme favorisant la concurrence entre entreprises en évitant ou limitant le risque d'ententes illégales pendant la phase d'attribution du marché public³. Cette dernière raison d'être permet d'expliquer, par exemple, pourquoi la

¹ Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille III

² Chargé de recherche CNRS (Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis) et chercheur affilié à l'OFCE (Institut d'Etudes Politiques de Paris).

³ Si en toute théorie les enchères sous pli cacheté constituent la solution d'acquisition la plus efficace, il apparaît que les marchés négociés constituent une voie d'acquisition bien plus fréquente notamment aux Etats-Unis. Un modèle pur d'enchères apparaît optimal si et seulement s'il existe un degré suffisant de *concurrence pour le marché* et si l'autorité publique contractante est parfaitement en mesure de spécifier *ex ante* ses besoins. Ce faisant, des schémas d'acquisition théoriquement sous-optimaux, devraient-ils être les plus fréquemment utilisés dans la pratique. Cependant, les règles d'acquisition publiques demeurent focalisées sur le risque d'ententes anticoncurrentielles et ne permettent donc pas de prévenir de tels risques. Par exemple, une analyse empirique réalisée par Bajari et Tadelis (2006) révèle que pour le Nord de l'Etat de Californie seulement 18 % des contrats de construction du secteur privé étaient attribués par la voie d'appels d'offres quand le taux pour les marchés publics équivalents atteignait quelque 97%. En d'autres termes, les acquéreurs publics sacrifieraient l'efficacité économique à la prévention des risques de collusion et de favoritisme dans les marchés publics. Cependant, il apparaît que les appels d'offres sous plis cachetés ne constituent pas la voie d'acquisition prédominante pour les

France a une longue tradition de réglementation des marchés publics qui remonte au moins au XIX^{ème} siècle.

Les règles américaines en la matière sont plus récentes mais néanmoins assez développées. Les règles fédérales concernant les contrats publics sont fixées dans le *Federal Acquisition Regulation (FAR)*. Les contrats du Ministère de la Défense doivent respecter le *Defense Federal Acquisition Regulation Supplements (DFARs)*. En application de ces règles, trois procédures sont ouvertes pour la passation de marchés publics. La première correspond un l'appel d'offres, la deuxième autorise la négociation (avec ou sans mise en concurrence)⁴ et la troisième est une procédure simplifiée. Les autorités publiques sont autorisées à utiliser la troisième option que pour des biens ou services très spécifiques ou en dessous de certains seuils.

Notre objectif, dans cet article, est d'analyser, d'un point de vue de droit comparé mais aussi selon une perspective d'économie du droit, la jurisprudence relative à la passation des marchés publics. Une attention particulière sera portée sur le système de recours devant le GAO aux Etats-Unis et sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, juridiction suprême de l'ordre juridictionnel administratif en France.

Quelques études ont essayé d'analyser les marchés publics sous l'angle de la micro économie – en particulier à partir de la théorie des incitations⁵ ou de la théorie des coûts de transaction⁶. En fait, l'attention a davantage été portée sur les contrats privés que sur les contrats publics⁷. Parmi les rares articles portant sur les marchés publics, notamment ceux s'inscrivant dans une approche comparée, l'accent est principalement placé sur la mise en concurrence. La question des recours en matière de marchés publics est très largement ignorée des auteurs d'analyse

acquisitions fédérales américaines. Tiefer et Shook (2004) montrent notamment que dès lors que le plafond relatif aux procédures de marché simplifiées sont atteintes, les acquisitions de biens et de services par la voie négociée sont privilégiées par les agences publiques contractantes.

Tadelis S. and Bajari P., (2006), "Incentives and award procedures: competitive tendering versus negotiation in procurement", in Dimitri N., Piga G. and Spagnola G., (eds), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, pp.121-142.

Tiefer C. and Shook W.A., (2004), *Government Contract Law*, 2nd ed., Carolina Academic Press.

⁴ Le Federal Acquisition Streamlining Act (FASA) de 1994 incite les agences fédérales à utiliser des procédures simplifiées et à attribuer les contrats par la voie négociée. Cependant, dans les cas considérés les procédures sont bien plus strictes.

⁵ Laffont J.-J. and Tirole J., (1993), *A theory of incentives in procurement and regulation*, The MIT Press, Cambridge Ma.

⁶ Bajari P. and Tadelis S., (2001), "Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts", *Rand Journal of Economics*, volume 32, n° 3, pp.287-307.

⁷ Pour une présentation très complète et offrant une vision critique des principaux résultats de l'économie du droit en matière de relations contractuelles entre entreprises, se rapporter à :

Posner E., (2003), "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?", *Yale Law Journal*, 112, pp.829-880.

économique du droit. L'objet de cet article est de procéder à une analyse économique des décisions des juridictions et des procédures juridictionnelles relatives aux litiges portant sur l'attribution des marchés publics. Cette comparaison des systèmes de recours américain et français ne tente pas d'évaluer l'efficacité comparée de la tradition américaine de *common law* ou du système français de type droit civil ou continental. Au contraire, et de manière similaire aux articles de Thierry Kirat et Laurent Vidal sur l'exécution des marchés publics⁸, notre méthodologie s'inspire de la sociologie empirique du droit.

En effet, nous avons essayé d'analyser la mise en œuvre réelle des procédures de recours contre la passation des marchés publics entre les autorités publiques et cocontractants potentiels, et de comprendre comment cette mise en œuvre peut être incorporée dans les stratégies des acteurs.

En ce sens, notre perspective peut être considérée comme relevant d'une approche wéberienne. Analyser le système américain et français des recours contre la passation des marchés publics peut être menée à travers une comparaison de deux systèmes juridiques mais aussi de la manière dont les agents économiques se saisissent en situation des ressources d'action juridique offertes par ces systèmes. Une telle perspective correspond, comme Kirat et Vidal l'ont remarqué, à la distinction entre jurisprudences « mécaniques » et jurisprudences « pragmatiques ». Alors que la première approche considère que le droit est une question de déduction, de cohérence interne et de syllogismes juridiques, la seconde présuppose que la décision du juge n'est pas exempte de tout souci d'efficacité économique.

Cette dernière approche est très liée à la tradition du réalisme juridique, et plus particulièrement à la conception du juge Oliver Wendell Holmes⁹. Dans sa confrontation à la pensée juridique classique qui prévalait à la fin du XIX^{ème} siècle, Holmes proclama que le droit était basé sur l'expérience et non la logique. Selon lui, « le droit ne commença pas avec une théorie. Et il ne l'a jamais été ». Son approche doit être analysée à la fois du point de vue formel et utilitaire.¹⁰ Le développement du droit, selon Holmes, ne peut être considéré comme linéaire et sa direction n'est pas toujours perceptible. En conséquence, « tout ce qui peut être

⁸ Kirat T. and Vidal L., (2008), "Litigation on Public Contract Performance: a Comparative Study of the Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in the US and France", *Public Contract Law Journal*, volume 38, n°1, fall, pp.153-185.

⁹ Holmes O.W., (1881), *The Common Law*, Little Brown, Boston – Dover editions, New York, 1991.

¹⁰ "The life of law has not been logic: it has been experience. The felt necessity of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than the syllogisms in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries and it cannot be dealt with as if contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics".

fait est de pointer une tendance, et de la justifier. La tendance, qui est notre souci principal, est question de faits collectés à partir de jurisprudences ».

Un tel cadre théorique est du même ordre que le premier mouvement d'économie du droit promu dans la première moitié du XX^{ème} siècle par le vieil institutionnalisme et plus particulièrement John R. Commons¹¹.

Cela nous conduit à analyser les recours contre l'attribution des marchés publics et leurs conséquences réelles à travers une étude statistique menée sur un échantillon de décisions juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles, issues respectivement du Conseil d'Etat français et du Government Accountability Office (GAO) américain.

En conséquence, nous avons adopté une perspective empirique, qui n'est pas seulement fondée sur une ou plusieurs opinions juridiques – de manière, par exemple, à apprécier leur cohérence interne ou leurs conséquences sur le comportement des acteurs – mais sur une approche statistique, qui, selon Korobkin, « tente d'analyser systématiquement toutes les opinions juridiques relatives à un sujet particulier sur une période de temps donné »¹².

De ce fait, cet article essaie de comparer les systèmes français et américain de recours contre les attributions de marchés publics et termes juridiques et économiques. Il commence par présenter le système du droit communautaire relatif aux recours contre l'attribution des marchés publics et montre de quelle façon ce dernier interagit avec le système français (partie I). Il traite ensuite du cadre institutionnel et juridique américain (deuxième partie), fournit des statistiques récentes des deux systèmes (partie III). Il en dérive également quelques conclusions quant à l'analyse de la mise en œuvre des différentes voies de recours en matière d'attribution des contrats publics (partie IV).

I. Les directives européennes sur les recours en matière de marchés publics et leur relation avec le droit français.

Bien que les traités européens ne contiennent pas de provisions sur le droit des marchés publics, plusieurs directives européennes ont été adoptées dans les années soixante-dix pour rendre effectif le principe de libre circulation des biens et services parmi les Etats membres de

¹¹ Commons J.R., (1925), "Law and Economics", *Yale Law Journal*, 34, February, pp.371-382.

Traduction française : Bazzoli L. et Kirat T., (2006), « Droit et Economie », *Economie et Institutions*, n° 8, 1^{er} semestre, pp.119-133.

¹² Korobkin R., (2002), "Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls", *University of Illinois Law Review*, pp.1033-1066.

la communauté européenne. Dans cette perspective, il a en effet été jugé nécessaire d'imposer des règles formelles pour l'attribution des marchés publics. Dans les années quatre-vingt, ces directives avaient été si mal transposées dans le droit national de la plupart des Etats-membres que la Commission européenne et les Etats-membres étaient convaincus de la nécessité d'adopter une directive sur les recours dans les secteurs classiques¹³, en même temps que de rénover les règles de fond du droit des marchés publics. En 1992, une autre directive sur les recours fut adoptée pour les industries de réseaux¹⁴. Ce rapport, disponible sur Internet, fournit quelques indications intéressantes sur comment le système fonctionne en pratique, plus particulièrement comment il est perçu par les acteurs économiques¹⁵. Le rapport montre que, parmi les 543 opérateurs économiques qui ont répondu, 212 (39 %) ont déjà participé à des procédures d'attribution de marchés publics dans leur propre Etat-membre et 39 (7 %) dans un autre Etat-membre (ce qui démontre que la majorité des entreprises ayant participé à cette étude d'impact n'avait jamais participé à une procédure d'attribution d'un marché public). Parmi ces 212 entreprises, une majorité était satisfaite ou assez satisfaite du résultat (58,2 %, soit 122 pour 87 qui n'étaient pas satisfaites). La principale raison de mécontentement provenait d'opérateurs économiques qui considéraient que les marchés publics n'étaient pas attribués sur les seules critères de concurrence (32,9 %), les autres estimant qu'ils n'avaient pas reçu une explication suffisante au rejet de leur offre (22,2 %), ou qu'ils avaient eu des difficultés à comprendre ou à se conformer aux règles de procédures (15,8 %) ou qu'ils avaient eu du mal à connaître l'existence d'un avis d'appel public à concurrence (13,3 %). Parmi ceux qui ont manifesté leur mécontentement, seuls 21,2 % ont déposé un recours devant l'autorité publique contractante, devant un organe spécial ou devant une juridiction. Les raisons de cette réticence à déposer un recours étaient diverses : la crainte qu'ils pourraient être désavantagés dans de futurs marchés publics (25,5 %) ; l'absence de confiance dans le système de recours (17,5 %) ; l'inopportunité d'un recours alors que le contrat est déjà signé (11,3 %) ; la lenteur des procédures juridictionnelles (9,9 %) ; les frais de justice associés à un recours (8,5 %) ; ou le fait que le recours potentiel serait insuffisant pour compenser la perte réelle (8 %). Près de 75 % des opérateurs économiques ayant répondu à cette question se déclaraient favorables à une période moratoire entre la décision d'attribution du marché public et la signature du contrat.

¹³ Directive 89/665/CEE

¹⁴ Directive 92/13/CEE

¹⁵ Voir http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/remedies/ebtp-results_en.pdf

A la suite de cette étude d'impact, une nouvelle directive sur les recours a été adoptée le 11 décembre 2007. L'objet de cette directive était de traiter deux problèmes subsistants. Le premier tenait à l'attribution directe d'un contrat et le second à la course à la signature de marchés publics par l'autorité publique, laquelle pouvait priver les opérateurs économiques participant au processus d'attribution de trouver un recours efficace avant la signature du contrat.

Toutefois, l'objet de cet article n'est pas de se pencher sur le droit européen, qui est un cadre à l'intérieur duquel coexistent beaucoup d'approches différentes, mais de comparer le système français et américain de recours en matière d'attribution de marchés publics.

Le droit français des marchés publics a certes été influencé par le droit de l'Union européenne, mais dans une mesure limitée puisqu'à l'origine c'est plutôt le droit français qui a influencé le droit européen des marchés publics. En dépit de cette européanisation du droit des marchés publics, et des recours qui en découlent rappelés plus haut, il est difficile d'adopter une approche uniforme au niveau européen. En Europe, des traditions nationales comme des règles nationales peuvent trouver à s'appliquer, ce dernier aspect étant possible car le droit européen impose en la matière un standard minimum qui peut être renforcé par un Etat-membre. Par exemple, jusqu'à la directive recours de 2007, l'Union Européenne n'imposait nullement une obligation de résilier le contrat déjà signé quelle que soit la violation des règles de procédure pendant la phase d'attribution. De fait, le principe de la force obligatoire du contrat était assuré dans des pays comme le Royaume-Uni. Au contraire, certains pays, comme la France, avaient introduit des recours qui autorisaient un juge à résilier un contrat dans certaines circonstances. Depuis, le droit européen impose une telle résiliation mais seulement dans trois circonstances : l'absence de publicité, le non respect de la période de moratoire entre l'attribution du marché et la signature du contrat et le non respect de l'accord-cadre par le marché subséquent. Cependant, les Etats-membres peuvent envisager d'autres situations dans lesquelles le contrat doit être résilié.

Les directives recours ont aussi échoué à réglementer d'autres détails importants à l'image des recours en responsabilité pour violation du droit européen des marchés publics. Les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité – spécialement les questions de liens de causalité et d'évaluation du préjudice – varient grandement d'un Etat-membre à l'autre. Enfin, il existe des différences significatives entre les pays de l'Union européenne en ce qui concerne l'importance quantitatives des recours. Alors qu'il y a très peu d'incidences dans certains pays

(par exemple, un à deux recours au Royaume-Uni par an dans les années 2005-2006), il y a plus de 4000 recours contentieux dans un pays comme la France¹⁶.

Un rapport de l'OCDE de 2007 a détaillé les différences parmi 24 des 27 Etats-membres de l'union européenne¹⁷. Il confirme qu'il existe des différences considérables dans le système de recours d'un pays à l'autre. La plupart des pays – mais pas tous – imposent un recours préalable auprès de l'autorité publique contractante avant toute action en justice. Certains Etats utilisent à la fois les juridictions judiciaires et administratives, certains n'utilisent qu'une sorte de juridictions, d'autres ont des organismes spécialisés. Il peut y avoir deux ou trois niveaux de juridictions d'un pays à l'autre, voire à l'intérieur d'un pays selon le type de recours (en France, deux niveaux pour les référés, trois sinon). Tous les pays n'ont pas mis en place un système de modes alternatifs de règlement des litiges. La plupart des pays permettent des référés, des recours en annulation et des recours en responsabilité. Ici encore, les règles varient considérablement d'un pays à l'autre. La seule base commune réside dans l'existence d'un recours de type juridictionnel ou quasi-juridictionnel.

Ces différences expliquent pourquoi les comparaisons avec les Etats-Unis se font au niveau national (et en l'occurrence avec la France) plutôt qu'au niveau européen dans cet article.

Plus précisément pour ce qui concerne la France, il est intéressant de noter que les règles de droit des marchés publics sont considérées comme partie intégrante du droit administratif, et qu'en conséquence les recours sont ouverts devant les juridictions administratives (de première instance, d'appel ou devant le Conseil d'Etat qui est la juridiction suprême en matière administrative en même temps que le conseiller juridique du gouvernement), à de rares exceptions près¹⁸.

Trois principaux recours doivent être distingués. Il existe le référé précontractuel qui donne tout pouvoir à un juge unique pour suspendre voire annuler une décision illégale prise pendant le processus de passation dès lors que la décision du juge est rendue avant que le contrat ne soit signé (jusqu'au 1^{er} décembre 2009, dès que le juge était saisi, celui-ci pouvait suspendre immédiatement la procédure de passation pour 20 jours ; depuis lors, le système a été

¹⁶ Il s'agit de données de 2005, issues d'un rapport de l'OCDE cité ci-après. Ces chiffres semblent toutefois désormais en augmentation en Angleterre, sans atteindre toutefois les niveaux français.

¹⁷ [http://www.oecd.org/olis/2007doc.nsf/linkto/gov-sigma\(2007\)5](http://www.oecd.org/olis/2007doc.nsf/linkto/gov-sigma(2007)5).

¹⁸ Ceci peut être le cas quand l'autorité contractante est une entreprise privée – au sens du droit administratif français – soumise aux directives relatives aux marchés publics du fait de l'influence prépondérante qu'exerce sur elle une autorité publique.

remplacé par une suspension automatique quand la nouvelle directive recours est entrée en vigueur du fait de l'ordonnance du 7 mai 2009).

Les conditions requises pour obtenir gain de cause impliquent toutes les violations qui sont comprises dans le principe de libre accès à la commande publique, d'égalité des candidats ou de transparence des procédures. Une renonciation à passer un marché public peut être contestée mais cela arrive rarement car les autorités publiques peuvent généralement justifier le retrait par l'intérêt général, une notion largement entendue en droit administratif français. De 1991, année où le référé précontractuel a été introduit (après l'entrée en vigueur de la première directive marchés publics), à 2008, toute violation pouvait être alléguée par le requérant. Depuis une décision récente du Conseil d'Etat¹⁹, le requérant (qui peut être un candidat réel ou parfois potentiel ou bien le représentant de l'Etat pour les marchés publics des collectivités locales) ne peut obtenir gain de cause si la violation ne l'a pas directement ou indirectement affecté. Cette exigence est une nouveauté en droit français qui ne connaissait jusqu'alors en la matière que des recours « objectifs ». Un recours en cassation est possible contre la décision du premier juge, mais si le contrat est signé (à moins que le contrat soit signé pendant la période de suspension), le recours devient sans objet. Le requérant peut aussi demander que le juge adresse des injonctions d'exécution, ce qui arrive fréquemment, à l'image des injonctions de reprendre la procédure de passation depuis la décision illégale (si la personne publique veut toujours contracter). Il peut y avoir une possibilité de se voir allouer un remboursement des frais irrépétibles (frais d'avocats) mais seulement dans une mesure limitée (en 2006, les sommes s'échelonnant entre 1500 et 6000 euros).

Il existe aussi deux recours post-contractuels, c'est-à-dire des recours ouverts une fois que le contrat est signé²⁰. En pareil cas, toute violation du droit des marchés publics peut être invoquée par le requérant. A l'exception du représentant de l'Etat vis-à-vis des contrats publics locaux, les tiers ne peuvent pas en principe demander l'annulation d'un marché public. Une exception remarquable, introduite par une jurisprudence du Conseil d'Etat de 2007, est trop récente pour qu'elle soit mentionnée dans cet article²¹. La principale voie pour obtenir l'annulation d'un contrat à la demande d'un tiers est la procédure particulièrement

¹⁹ CE Oct. 3, 2008, S.M.I.R.G.E.O.M.E.S., disponible sur www.legifrance.gouv.fr

²⁰ A l'exclusion du référé contractuel, lequel n'est utilisé qu'en cas de violations sérieuses telle l'absence de publicité préalable ou de la violation de l'effet suspensif dudit référé.

²¹ Spécialement depuis que le Conseil d'Etat ait décidé, pour la première fois, de décaler les effets de ce nouveau texte en autorisant le recours à cette mesure corrective seulement pour les procédures engagées après sa décision. voir Conseil d'Etat, 16 juillet 2007 2007, Société tropic travaux signalization, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

complexe par laquelle un tiers obtient l'annulation de l'acte détachable du contrat (telle que la décision d'écarter un candidat) puis demande au juge du contrat d'en tirer les conséquences (qui peut être le même que le juge de l'annulation, mais pas nécessairement). Si l'administration refuse de saisir le juge du contrat, le juge de l'exécution saisi par le requérant doit apprécier si l'annulation de l'acte détachable implique l'annulation du contrat, en prenant en compte l'importance de l'acte détachable, la gravité de l'illégalité et l'intérêt général qu'il y aurait à maintenir le contrat en l'état en dépit d'une attribution illégale²².

Le second recours post-contractuel consiste à demander des dommages et intérêts, pour les frais de candidatures si le requérant n'était pas dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat, ou pour l'indemnisation du manque à gagner s'il avait une chance sérieuse d'obtenir le marché²³.

Aucune étude économique n'a été conduite en ce qui concerne l'efficacité du système français de recours contre les marchés publics, et aucune étude des stratégies de recours n'a été menée en France²⁴. Néanmoins, deux points doivent être soulevés. Dans le système français, il n'existe pas de *forum shopping* comme c'est le cas aux Etats-Unis. Bien que cela puisse être en théorie possible puisque le référé précontractuel peut être utilisé en parallèle avec d'autres recours, une telle stratégie ne semble pas se retrouver en pratique. Quand il est ouvert, la plupart des requérants utiliseront le référé précontractuel tant il est plus efficace et plus rapide que les recours post-contractuels. En ce qui concerne le choix entre recours contre l'acte détachable et recours en responsabilité, les requérants doivent avoir conscience que la voie de l'annulation de l'acte détachable est un processus très long et incertain et que le recours en responsabilité est plus rapide mais également incertain. Néanmoins, le recours en responsabilité est parfois le seul moyen disponible pour le requérant. Dans des circonstances exceptionnelles, une loi peut valider la procédure de passation d'un contrat public de telle sorte qu'aucun recours n'est possible sauf le recours en responsabilité. A titre d'exemple, pour la passation du contrat de construction et d'exploitation du Stade de France, qui fut construit pour que la France puisse accueillir la coupe du monde de Football de 1998, un requérant a établi devant un juge du référé précontractuel qu'il avait été victime d'une rupture d'égalité. Toutefois, le contrat fut signé et une loi valida ce contrat. Le plaignant obtint finalement 3 millions d'euros de dommages et intérêts en remboursement de ses frais de candidature.

²² CE, Dec. 10, 2003, Institut recherche et développement, disponible sur www.legifrance.gouv.fr

²³ voir F. Lichère, (2006), "Damages for violation of EC procurement rules in France", *Public Procurement Law Review*, n° 4, p. 171 à 178

²⁴ Kirat T. and Vidal L, (2008), *op. cit.*.

Le référé précontractuel est si efficace qu'il a été qualifié une fois de recours « économique » par le Professeur Laurent Richer. Ce qu'il signifiait par là c'était que, en tant qu'avocat, il vit un jour un dirigeant d'entreprise venir à son bureau en lui disant « j'ai perdu le marché, trouvez-moi une illégalité ». Parce que ce recours est tellement efficace, et la jurisprudence si exigeante, il réussît à obtenir du juge l'annulation de la procédure. Cependant, les choses pourraient changer, la jurisprudence étant un peu moins formelle de nos jours et le Conseil d'Etat exigeant désormais que le requérant prouve qu'il a souffert de la violation (voir plus haut). En tout cas, même s'il n'y a pas de possibilité de *forum shopping* comme cela existe aux Etats-Unis, des marges de manœuvres peuvent être disponibles pour des comportements stratégiques dans la mise en œuvre des recours. Or, ces comportements sont moins étudiés qu'aux Etats-Unis (voir ci-dessous).

II. Cadre institutionnel et juridique aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, un recours contre l'attribution d'un marché public fédéral peut être porté devant trois autorités distinctes. Le premier forum pour la résolution du litige est l'agence administrative elle-même. En vertu du *Contract Dispute Act* de 1978 (CDA), deux organes d'appel – récemment fusionnés – ont compétence pour entendre les plaintes, le ABSCA – *Armed Services Board of Contract Appeals* – et le CBCA – *Civilian Board of Contract Appeals*.

Le second forum est la *US Court of Federal Claims* (ci-après CoFC). En vertu du *Tuckert Act*, le CoFC a compétence pour entendre à la fois les plaintes antérieures à l'attribution du contrat et celles postérieures. Le *Federal Court Administration Act* de 1992 changea le nom de la *US Claims Court* en CoFC. Les décisions du CoFC comme du BCA peuvent être contestées devant la *US Court of Appeals for the Federal Circuit*.

En termes pratiques, la plupart des litiges sont entendus par les organes d'appel plutôt que par le CoFC. Ainsi que l'a établi S. Schooner, de 1983 à 2000, les décisions du CoFC ne représentaient que 8 % des résolutions du BCA²⁵. En outre, le CoFC est une cour semi-

²⁵ Schooner S.L., (2003), « The Future Scrutinizing the Empirical Case for the Court of Federal Claims », *George Washington Law Review*, volume 70.

spécialisée. Les litiges concernant les contrats fédéraux représentent moins du tiers de ses décisions²⁶.

Le troisième forum – de loin le plus utilisé aux Etats-Unis - est le GAO en vertu de sa procédure de contestation de la passation des marchés publics. Le *Government Accountability Office* (précédemment nommé le *General Accounting Office*) est l'institution suprême pour l'audit du gouvernement. Fondée en 1921, le GAO a la responsabilité peu commune de traiter des contestations de passation des marchés publics fédéraux²⁷. Sa première décision en la matière fut publiée en 1926 and le GAO devint, spécialement après le *Competition in Contracting Act (CICA)* de 1984, la principale voie de recours pour les candidats qui pensent qu'un marché public a été ou est sur le point d'être attribué de manière impropre ou injuste²⁸. Pour l'année 2008, quelques 1652 recours ont été déposés devant le GAO, et il prononça 291 décisions sur le fond (qu'il ait adopté ou refusé d'adopter des recommandations). Pendant longtemps, le GAO était le seul forum pour contester un contrat fédéral. Dans l'affaire *Perkins v. Luken Steel*, en 1940, la Cour suprême des Etats-Unis priva la Cour fédérale américaine de toute compétence en la matière²⁹. Même après la decision *Scanwell* du *DC circuit* de 1970³⁰ rouvrant la porte à une résolution juridictionnelle de ces litiges, le GAO est resté le forum le plus populaire. Le GAO a même été investi de pouvoirs renforcés par le *CICA* de 1984, en vertu duquel la compétence du GAO a été étendue aux « contestations concernant une violation alléguée d'une loi ou d'un règlement sur les marchés publics ».

Le système mis en place devant le GAO en matière de contestation de l'attribution de marchés publics fédéraux n'est pas à proprement parler un système juridictionnel mais est de nature quasi juridictionnelle. Son objet est de fournir un forum objectif, indépendant et impartial pour résoudre de tels contentieux. Le GAO a aussi compétence pour d'autres contestations, notamment les situations de concurrences publiques-privées conduites sous l'égide de la circulaire A-76. Déposer un recours devant le GAO est particulièrement intéressant pour un candidat évincé. En premier lieu, la procédure devant le GAO offre une voie de contestation

²⁶ Kirat T., Blanc H. et Bayon D., (2003), *Maîtriser les coûts des programmes d'armement : Une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis*, Les Rapports de l'Observatoire Economique de la Défense, La Documentation Française, Paris, 348p.

²⁷ Les origines lointaines du GAO remontent en fait à la loi du 2 septembre 1789 qui créa la fonction de Contrôleur du Trésor. En 1921, le Congrès transféra ses attribution au General Accounting Office, autorité indépendante de l'exécutif et reliée au pouvoir législatif. Le Contrôleur Général doit analyser les dépenses de chaque agence gouvernementale. Très tôt, il eut à s'occuper des différents liés à l'attribution des contrats fédéraux, mission constituant une part très significative de ses activités.

²⁸ US GAO, (2009), *Bid Protest at GAO: A Descriptive Guide*, 9th edition, GAO-09-471SP, 72p.

²⁹ *Perkins v. Lukens Steel Co.*, 310 US 113 (1940).

³⁰ *Scanwell Labs Inc v Schauer*, 424 F.2d, 859, 865-869 (1970).

notablement moins onéreuse qu'un forum juridictionnel³¹. En deuxième lieu, la procédure devant le GAO permet d'obtenir une décision plus rapide, puisque le GAO doit se prononcer dans une période de 100 jours. En outre, cette procédure a la faveur des requérants car elle s'avère moins formelle donc moins onéreuse. Même si les décisions du GAO ne sont que des recommandations, et n'ont donc pas la force et l'effet d'une décision juridictionnelle, les agences gouvernementales mettent en œuvre ces recommandations sauf à de rares exceptions³².

La procédure implique 5 étapes. En premier, une partie intéressée doit remplir un mémoire écrit qui décrit les bases factuelles et juridiques du recours. Une partie intéressée est définie comme un candidat réel ou potentiel qui a un intérêt économique direct dans le marché public et qui serait affecté par l'attribution – ou la renonciation à l'attribution – du marché³³. Deux sortes de contestations peuvent être déposées devant le GAO. La première concerne les contestations des appels à concurrence. La seconde recouvre les recours contre les attributions. En d'autres termes, le GAO est compétent pour les contestations préalables à l'attribution et les contestations postérieures à l'attribution. Alors que le premier type de contestation implique que l'agence fédérale a violé une règle fédérale relative aux marchés publics, le second implique des recours contre le caractère déraisonnable de la décision de l'agence et si l'attribution s'est faite selon les critères définis au préalable. Même les candidats potentiels peuvent agir dans le premier cas tandis que seuls les candidats effectifs peuvent contester la décision dans le second.

En vertu du *GAO's Bid Protest Guide*, les appels à concurrence défectueux concernent des recours contre des spécifications potentiellement restrictives, des omissions de règles obligatoires, ou des critères d'attribution ambigus ou non définis. Le mémoire écrit requis par

³¹ Pour enregistrer un "Protest", une partie intéressée doit transmettre un état informel des fondements légaux et matériels constitutif de son recours. La firme n'est pas obligée de recourir aux services d'un avocat. La procédure devant le GAO se caractérise par son absence de formalisme tant en matière de pièces requises que de plaidoirie. Même les auditions se font sans formalisme juridique. De plus, le GAO n'y recourt qu'en cas de réelle nécessité de façon à contenir les coûts de procédure. En d'autres termes, la procédure devant le GAO doit être, selon la volonté du Congrès, la moins coûteuse possible dans le but de "provide for the inexpensive and expeditious resolution of protests [to] the maximum extent practicable".

³² 31 USC§3554(a)(1).

³³ Selon Metzger et Lyons (2007), la jurisprudence du GAO est en fait communément utilisée par les juridictions.

³³ Si dans le cadre de la procédure de « Bid Protest » la partie intéressée est obligatoirement une firme, cela n'est pas obligatoirement le cas pour les contentieux liés à la mise en œuvre de la procédure A-76. Dans le cadre de cette dernière, il s'agit d'arbitrer entre le maintien d'une activité dans le giron public et son externalisation au profit d'une entreprise privée. Ce faisant, les employés fédéraux se voient conférer la qualité de parties intéressées.

le GAO est tout sauf formel. Il doit simplement détaillé les bases factuelles et juridiques de la plainte. Cependant, le temps est un facteur clé de la procédure. Comme il sera vu *infra*, un recours peut affecter négativement l'intérêt général en causant un retard dans les achats fédéraux. En effet, la procédure doit prévenir les candidats de déposer des recours stratégiques. Les recours contre les appels publics à concurrence doivent être déposés avant que l'attribution soit opérée. Les recours contre les décisions d'attributions doivent être déposés au maximum 10 jours après la décision et après que le requérant a eu connaissance de la décision contestée. Le GAO peut rejeter le recours pour des raisons d'incompétence juridictionnelle ou des raisons de procédure s'il est forclos. Généralement, « le GAO rejettera aussi un recours qui n'indique pas de manière suffisamment précise les faits et les bases juridiques de la contestation³⁴ ». En pareil cas, le GAO ne se prononcera donc pas au fond.

En second lieu, quand le recours est déposé, le GAO doit informer l'agence, qui doit alors informer tous les candidats, en particulier ceux qui ont une chance substantielle d'emporter le marché, si le marché n'est pas encore attribué. Ces candidats doivent alors avoir la possibilité d'intervenir dans la procédure. Si le contrat a déjà été attribué, seul l'attributaire est autorisé à intervenir. L'agence fédérale a alors l'obligation de fournir, dans les 30 jours, une déclaration en réponse. Cette déclaration doit indiquer les éléments de fait du contrat et une estimation de son montant. L'agence doit aussi produire un *memorandum* juridique qui explique et justifie sa décision en vertu du *Federal Acquisition Regulations Act*. L'agence doit aussi inclure tous les documents qu'elle estime pertinents pour la décision.

L'élément le plus important de la procédure devant le GAO réside dans le fait que, quand un recours est déposé, le GAO peut contraindre l'agence à suspendre l'attribution ou de suspendre l'exécution du contrat. Ce système suspensif, qui est requis par le CICA, est un des aspects les plus controversés du système. Cette suspension implique de réaliser un arbitrage entre la nécessité de protéger les droits des candidats rejetés et le besoin de prévenir toute interruption préjudiciable au processus d'achat public fédéral.

L'agence peut passer outre la suspension si elle argue de « circonstances urgentes et impératives, qui affectent de manière significative les intérêts des Etats-Unis³⁵ ». Pour une entreprise en compétition, déposer un recours offre la possibilité de déclencher une suspension automatique du marché contesté pendant la durée de la procédure devant le GAO.

³⁴ US GAO, (2009), op cit., p.16.

³⁵ Si l'entreprise à l'origine du recours désire contester une telle décision de passer outre, elle doit déposer plainte devant la CoFC, "searching an injunction reinstating the stay for the duration of the GAO procedure".

Une telle procédure peut être invoquée de manière stratégique dans le but d'obtenir, dans le cadre d'un arrangement bilatéral, une contrepartie financière de la part d'un concurrent plus efficient qui a obtenu le contrat. De fait, parmi les nombreux cas de rejets, certains sont le résultat transactions entre entreprises ainsi qu'il sera vu *infra*.

En troisième lieu, les requérants et intervenants se voient offrir la possibilité de réponse dans les 10 jours qui suivent la production du rapport de l'agence. Si un requérant ne répond pas dans le délai imparti, le GAO rejettera le recours.

En quatrième lieu, le GAO peut rechercher davantage d'information pour compléter le rapport et les réponses, et peut faire tenir des audiences si nécessaire. De telles audiences ne sont pas systématiques. De fait, en moyenne, moins de 10 % des décisions au fond sont précédées d'une audience.

En cinquième lieu, le GAO appréciera le recours et le Comptroller General doit rendre une décision écrite dans les 100 jours qui suivent le dépôt du recours. Le GAO peut aussi envisager un mode alternatif de résolution des litiges (MARL). Un MARL peut être initié à la demande des parties ou quand le GAO considère que de telles procédures sont souhaitables et appropriées. Si un MARL est requis, les juristes du GAO pourront assister les parties afin de faciliter et encourager une conciliation.

Quand le GAO rend une décision au fond, il peut soit faire droit soit rejeter le recours. Comme le souligne le *Bid Protest guide*, le GAO fait généralement droit à un recours quand il estime que l'agence a violé les lois ou règlements sur les marchés publics, à moins qu'il conclue que la violation n'a pas porté préjudice au requérant. Le GAO fait aussi droit au recours quand l'agence évalue les offres sur une base déraisonnable ou sans rapport avec les critères retenus dans l'appel à concurrence.

De manière générale, les critères que le GAO utilise pour faire droit à une demande entrent dans plusieurs catégories³⁶.

La première concerne les critères d'évaluation et le choix du candidat. L'autorité contractante doit justifier sa décision. Le GAO retiendra une requête quand l'agence a utilisé des critères d'évaluation incorrects car intrinsèquement contradictoires ou « si imprécis qu'il est

³⁶ GAO, (2007), « Selected Recent GAO Bid Protest Decisions », August, 19p.

impossible de discerner le souci réel de l'évaluateur »³⁷. En outre, l'appréciation de l'agence doit être "raisonnable" et en rapport avec les critères d'évaluation annoncés³⁸.

En toute logique, le GAO fera droit à un recours s'il apparaît que la décision de l'autorité contractante n'était pas cohérente avec les critères de choix annoncés dans les documents relatifs à la mise en concurrence. Quand la décision de choix apparaît comme faite clairement en faveur d'un candidat, le GAO fera droit au recours si l'agence ne prouve pas que le requérant n'a subi aucun préjudice³⁹. Un recours sera aussi admis si l'agence choisit le prix le plus élevé au motif de la supériorité technique de l'offre, mais que l'agence a ignoré l'offre technique du requérant pourtant similaire⁴⁰. Si le GAO donne raison au requérant, il suggèrera alors à l'agence de prendre des mesures correctives et peut proposer, le cas échéant, que l'agence résilie un contrat déjà attribué. Le GAO peut aussi recommander que l'agence rembourse les frais de recours du requérant. Ces frais peuvent couvrir les frais d'avocats, quoiqu'un plafond s'applique alors. Cela étant, le GAO ne recommande pas un tel remboursement des coûts du requérant dès lors qu'un recours est admis. Il le fera plus probablement quand l'agence a indument retardé l'adoption de mesures correctives face à un « recours clairement fondé ». L'agence doit aussi procéder à une appréciation raisonnable des coûts des différents candidats pour prévenir des distorsions induites par les choix comptables des candidats⁴¹.

Un second groupe de facteurs qui peut conduire le GAO à admettre un recours peut tenir au déroulement des négociations entre l'agence et les candidats. Les discussions impropres ou trompeuses sont une source courante de contentieux. Par exemple, une agence ne peut engager un second tour de discussions avec l'attributaire si des problèmes demeurent après le premier tour sans offrir la même opportunité aux autres concurrents⁴².

De la même manière, pendant les discussions, l'agence doit informer un candidat que des changements substantiels dans son offre sont nécessaires pour avoir une chance raisonnable d'emporter le marché⁴³. L'agence doit aussi conduire un dialogue similaire pour éviter

³⁷ Intercon Assocs Inc, B-29882 and B-29882.2, Aug. 10, 2006.

³⁸ Advanced System Dev. Inc., B-298411 (2), Sept., 19, 2006.

³⁹ Lockheed Martin Corp., B-295402, Feb., 18, 2005.

⁴⁰ Spherix Inc, B-294572(2), Dec., 1, 2004.

⁴¹ Kellogg Brown & Root Servs Inc, B-298694, Nov 16, 2006.

⁴² Frontline Apparel Group, B -295989, June 1, 2005.

⁴³ Creative Info Tech, B-293073, March 16, 2005.

l'attribution du contrat à la seule entreprise qui a engagé des discussions et qui par la suite a procédé à des changements significatifs dans son offre⁴⁴.

Une troisième source de problème concerne l'évaluation faite par l'agence de l'exécution précédente de marchés. En vertu de la jurisprudence du GAO, une agence peut raisonnablement baser son évaluation d'une précédente exécution sur une information collectée à partir de récents appels public à candidature⁴⁵. Cependant, tous les candidats doivent être traités de la même manière quand il s'agit d'apprécier cette expérience⁴⁶.

Il y a d'autres problèmes qui peuvent conduire le GAO à faire droit au recours. Un exemple est l'attribution sur la base d'un seul critère que le GAO considère comme impropre⁴⁷. Par ailleurs, si l'agence a procédé à des modifications contractuelles qui changent la portée du contrat, un recours peut être fondé⁴⁸. En règle générale, le GAO retient l'argument du requérant quand le cahier des charges a été changé après l'avis d'appel public à concurrence mais que les candidats n'ont pas été suffisamment informés des changements⁴⁹. En dernier lieu, si le GAO conclut qu'il y a eu violation des règles relatives aux acquisitions fédérales, et que cette dernière a altéré les chances du requérant d'emporter le marché, le GAO recommande généralement que la demande du requérant soit satisfaite. Mais il est important de souligner que pour qu'il soit fait droit à la demande, il est à la fois requis une violation du droit des marchés publics par l'agence et que le requérant ait eu une chance raisonnable d'emporter le contrat.

Les règles de recours précisent que l'agence dispose de cinq types de mesures correctives⁵⁰. La première consiste à ne pas mettre en œuvre certaines options contenues dans le contrat ou de modifier ou de limiter le contrat de manière à le mettre en conformité avec les règles du droit des marchés publics. Par exemple, quand un contrat a été illégalement accordé, le GAO peut recommander qu'il ne soit pas fait application de la clause de reconduction. Une seconde option, bien plus radicale, est de résilier le contrat⁵¹. Une troisième option est d'enjoindre que

⁴⁴ Signa Gov't Servs LLC, B-297915(2), May 4, 2006.

⁴⁵ Cooperativa Muratori Riuniti, B-294980 (2), January 21, 2005.

⁴⁶ Family Entmt't Servs Inc, B-298047.3, September 20, 2006.

⁴⁷ Bausch&Lomb Inc, B-298444, September 21, 2006.

⁴⁸ Poly-Pacific Techs Inc., B-296029, June 1, 2005.

⁴⁹ Northrop Grumman Info Tech, B-295526, March 16, 2005.

⁵⁰ "US contracting agencies are allowed to modify unilaterally contracts" (FAR. 43.103(b)).

⁵¹ L'article 49201 (a) des FAR "*termination of contract*" autorise la terminaison anticipée d'un contrat sur la base des intérêts du gouvernement. Selon cet article, "a settlement should compensate the contractor fairly for the work done and the preparations made for the terminated portions of the contract, including a reasonable allowance for profit". Nevertheless, a contractor cannot be compensate "for the anticipated profits not obtained".

la procédure de passation soit rouverte au stade auquel est survenu l'erreur ou l'irrégularité, et de refaire le processus à partir de là. Une quatrième option consiste à lancer un nouvel appel public à concurrence – autrement dit de recommencer le processus de passation depuis le début. Une cinquième option est de modifier l'appel public à concurrence afin de s'assurer que l'attribution se fera conformément aux règles du droit des marchés publics. En prenant sa décision, le GAO prend en compte toutes les circonstances qui entourent l'achat public, en ce compris la bonne foi des parties, l'importance du préjudice, l'importance de la violation en comparaison du processus global de l'achat, et la manière dont ses recommandations ont pu affecter la capacité de l'agence à atteindre ses objectifs. En dernier lieu, cependant, le GAO doit faire ses recommandations «sans égard pour les coûts ou l'interruption de l'action administrative impliqués par la résiliation, la remise en concurrence, ou la réattribution du contrat ». De ce fait, le GAO n'applique pas le concept de la force obligatoire du contrat.

Après avoir reçu les recommandations du GAO, l'agence doit adresser un rapport dans les 60 jours au *comptroller general* afin d'expliquer de quelle manière elle entend appliquer ces recommandations. Si l'agence décide de ne pas appliquer pleinement ces recommandations, le *Comptroller general* doit en faire rapport au Congrès⁵². *In fine*, l'agence peut toujours refuser d'appliquer les recommandations du GAO. Elle peut, en effet, passer outre la suspension automatique de la procédure au motif de l'urgence ou de l'intérêt général. Ce faisant, contrairement à une décision juridictionnelle ou à une décision arbitrale, les recommandations du GAO ne lient pas les parties⁵³. Cependant, même si ces recommandations ne sont pas impératives, les agences ont tendance à les suivre.

Enfin, il convient de mentionner le lien entre la procédure de recours devant le GAO et le traitement juridictionnel des recours contre les contrats fédéraux. Le GAO ne peut pas se prononcer sur un recours qui a déjà été jugé au fond par une juridiction. Cependant, un recours peut être simultanément porté devant le GAO et la CoFC. Un recours devant la CoFC, même dans l'hypothèse où le GAO s'est déjà prononcé sur le fond, est possible. Ces recours ultérieurs peuvent être faits quand la partie perdante devant le GAO n'est pas satisfaite des recommandations du GAO. La procédure devant la CoFC offre une deuxième possibilité au

⁵² Chaque année, le Contrôleur Général doit transmettre un rapport au Congrès récapitulant l'ensemble des affaires dans lesquelles les agences fédérales n'ont pas donné suite à ses recommandations.

⁵³ Dans le cadre des "Bid Protests", l'action du GAO n'est pas celle d'un arbitre. D'une part, l'arbitrage procède d'une clause contractuelle sur laquelle se sont accordées *ex ante* les deux parties. D'autre part, si les juridictions acceptent que l'arbitre puisse en sacrifiant le formalisme juridique, afin de limiter les coûts de la procédure, s'exposer à prendre une décision sous optimale, c'est uniquement parce que les parties en ont ainsi convenu dans le contrat qui les lie.

plaignant pour que son recours prospère⁵⁴. Le GAO est généralement réticent à réexaminer ses propres décisions, qui ne sont pas susceptibles de recours juridictionnels.

La procédure de contestation des attributions de marchés publics est critiquée aux Etats-Unis pour son manque de prévisibilité⁵⁵. La CoFC est parfois perçue comme une voie de recours moins sujette à des stratégies opportunistes et donc moins susceptible de décisions erronées. Le GAO serait, en effet, plus exposé à un risque de *faux positif* conduisant à une résiliation du contrat alors qu'aucune irrégularité n'a été commise. A cause de cette multiplicité des forums de contestation de la passation des marchés publics, le processus est vu comme plus fragmenté en ce sens qu'il manque d'uniformité et de cohérence dans les litiges portant sur des marchés publics. Les stratégies des requérants peuvent aussi impliquer un comportement de *forum shopping*.

Si la CoFC constitue l'une des deux alternatives au GAO, elle est largement moins mobilisée par les parties que celle-ci. Cependant, c'est un forum assez nouveau. Avant l'adoption de l'*Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)* de 1996, même si les recours antérieurs à l'attribution du marché pouvaient être portés devant la COFC, les litiges postérieurs à l'attribution devaient être tranchés par une cour fédérale de district en vertu de l'*Administrative Procedure Act (APA)*. L'ADRA a étendu la compétence de la CoFC à tous les litiges portant sur les contrats publics, y compris les recours contre les attributions et les litiges portant sur l'exécution des contrats. De ce fait, elle devint le seul forum juridictionnel américain devant lequel une partie intéressée peut déposer un recours en matière de marchés publics fédéraux. En dépit de cette extension des compétences de la CoFC, la loi n'a pas cherché à réglementer la procédure devant le GAO puisque cet organe est davantage administratif que juridictionnel.

Malgré le fait que le GAO traite beaucoup plus de recours que la CoFC, son processus est critiqué car il n'intègre pas dans les garde-fous habituellement compris dans des procédures juridictionnelles⁵⁶.

⁵⁴ Sept recours rejetés par le GAO en 2007 ont donné lieu à des plaintes devant la CoFC.

⁵⁵ Metzger R. S. and Lyons D.A., (2007), "A critical Reassessment of the GAO Bid Protest Mechanism", *Wisconsin Law Review*, pp. 1225-1270.

⁵⁶ Une telle opposition peut être mise en perspective au travers de la dichotomie webérienne entre rationalités formelles et matérielles. La première met l'accent sur une perspective interne. Elle tient à la question de la cohérence interne des règles juridiques. Dans ce cadre, une décision de justice doit reposer sur des règles abstraites, générales et systématiques. A l'inverse, la rationalité matérielle conduit à privilégier une optique extérieure à la règle de droit elle-même. L'application de celle-ci doit répondre à certaines exigences en termes de rationalité procédurale et doit pouvoir faire l'objet d'anticipations robustes. En d'autres termes, la décision du

De plus, les procédures du GAO sont considérées comme trop favorables aux entreprises, qui pourraient rechercher de manière opportuniste le bénéfice de la suspension automatique. Cette suspension automatique est un point crucial des recours contre l'attribution des marchés publics fédéraux. Cette disposition est relativement récente dans l'histoire du GAO. Antérieurement au CICA de 1984, le GAO avait très peu de pouvoir pour arrêter une procédure d'attribution pendant le temps d'examen du recours, et plusieurs marchés publics devinrent des *faits accomplis*⁵⁷ avant que les plaintes des candidats ne soient examinées⁵⁸. Bien que la suspension automatique protège les intérêts des plaignants, elle ne sert pas nécessairement l'intérêt général. Comme l'on relevé Metzger et Lyons, en suspendant le contrat pendant la période d'investigation de 100 jours, le GAO présume implicitement que l'agence est en tort, et offre à l'entreprise opportuniste un moyen facile de gêner son concurrent à coût nul (puisque une plainte peut être déposée sans ministère d'avocat en envoyant simplement un email). Si le GAO faisait droit à un tiers des demandes examinées au fond, lesquelles représentent 20 % des recours déposés, des recours stratégiques pourraient devenir nombreux. Comme indiqué par Tomaszczuck et Jensen, « le dépôt d'un recours ou la réponse à un recours sont devenus des données routinières lorsque l'on fait affaire avec le gouvernement »⁵⁹.

Les recours opportunistes peuvent induire un préjudice significatif à la fois pour les entreprises indument attirées et pour l'intérêt général⁶⁰.

juge doit être en premier lieu fondée sur les faits constitutifs de l'espèce et sur des exigences de raisonnablement plutôt que sur la mise en œuvre mécanique de règles abstraites et générales. Si la sécurité juridique peut paraître amoindrie dans ce cadre – en termes de possibilité de prévoir *ex ante* la décision du juge – il n'en demeure pas moins qu'elle est susceptible de conduire à des décisions plus adaptées aux circonstances spécifiques de l'affaire jugée.

⁵⁷ Ntd : en français dans le texte

⁵⁸ Metzger R. S. and Lyons D.A., (2007), *op. cit.*

⁵⁹ Tomaszczuck A.D. and Jensen J.E., (1992), "The Adjudicatory Arm of Congress – the GAO's Sixty Year Role in Deciding Bid Protests Came under Reviewed Attack by the Department of Justice", *Harvard Journal on Legislation*, 29, 399, pp. 402-403.

⁶⁰ De façon surprenante, des modèles micro-économiques peuvent conduire à considérer que de tels détournements peuvent apparaître comme favorables en termes de bien-être collectif. Ces modèles sont en fait indirectement liés à la procédure de *stand-still* introduite par les directives européennes. Par exemple, selon Bös et Kolmar (2000), un décalage entre la sélection d'un contractant et la signature effective du contrat, qu'il soit induit par une telle procédure ou un *automatic-stay*, peut accroître le bien-être. Les gains d'efficience potentiels proviennent soit des opportunités d'arrangements *ex post* entre l'offreur sélectionné et ses concurrents, soit de l'observation de ces éventuelles négociations par l'autorité contractante si cette dernière a la possibilité juridique de renverser sa décision initiale. Les négociations peuvent aller dans le sens des intérêts de la collectivité contractante dans la mesure où elles conduisent des offreurs plus efficaces injustement écartés à tout mettre en œuvre pour obtenir la réalisation du contrat. Si la sélection de l'offreur et la signature du contrat sont simultanées, une firme efficace n'a pas d'incitations suffisantes à contester dans la mesure où elle n'obtiendrait que des dommages et intérêts (ce qui passant soit dit n'est pas le cas aux Etats-Unis). Au contraire, si les deux phases sont disjointes, il est possible de revenir sur la décision initiale. Ces modèles s'ancrent en fait dans la

Si le recours vient du cocontractant actuel de l'agence, cela peut conduire à prolonger l'exécution d'un contrat par un cocontractant inadéquat. L'agence peut aussi être amenée à adopter des mesures transitoires onéreuses ou supporter les coûts dus au retard pour des équipements indispensables.

Les recours stratégiques peuvent être utilisés à l'intérieur du cadre de stratégies de **rentes**, ou même d'extorsion de compensations financières ou de compensations de la part de candidats plus efficaces. Comme Metzer et Lyons l'ont noté, "il est possible (...) que des entreprises jouent avec le processus en utilisant la suspension pour obtenir des concessions des agences et pour empêcher des opportunités d'affaires au profit de concurrents qui les ont battu dans la compétition ». Ces conséquences potentielles des stratégies de recours ne sont pas limitées aux contrats publics. On les trouve dans les *nuisance suits*⁶¹, qui sont particulièrement fréquentes et analysées dans la littérature de l'analyse économique du droit, comme dans les litiges de droit de la concurrence⁶². Un article de P. McAfee et N. Vakkur⁶³ est particulièrement intéressant parce qu'il donne l'exemple d'un recours déposé par Digital Equipment Corp contre Intel en 1990. McAfee et Vakkur expliquent que ce recours impliqua

théorie de l'agence. L'autorité publique contractante ne peut qu'imparfaitement observer les caractéristiques des offreurs, notamment leur degré d'efficacité. Ce faisant, elle s'expose au risque de sélectionner une firme peu efficace. De tels risques sont encore plus significatifs, dans un cadre d'information imparfaite et incomplète, pour les procédures d'appels d'offres sous plis cachetés que pour les procédures négociées, pourtant théoriquement sous-optimales (Kirat et Marty, 2007). Dans cette logique, les règles afférentes à la commande publique devraient permettre des négociations entre les offreurs après la sélection réalisée par la personne publique contractante. Si celle-ci a choisi un offreur peu efficace, un concurrent injustement écarté devrait être en mesure de négocier avec lui un arrangement mutuellement avantageux qui lui permettrait de se substituer à lui pour réaliser la prestation en question. Même si l'autorité publique refusait de revenir sur sa décision, un résultat équivalent pourrait être obtenu si la firme sélectionnée sous-traite le contrat à son concurrent plus efficace. Au point de vue théorique, ce résultat reprend l'hypothèse de Ronald Coase (1960), selon laquelle des arrangements bilatéraux peuvent en réaménageant l'allocation des droits décidée par le juge accroître le bien-être collectif. Mais, si, dans une stricte perspective coasienne, l'allocation des droits n'a aucune importance, ceci est lié à des hypothèses des plus restrictives dont par exemple la nullité des coûts de transaction. Le modèle peut paraître comme encore plus contestable dans le cadre de son second *scenario* selon lequel l'autorité pourrait en observant les interactions entre les firmes renverser sa décision initiale. Les comportements de recherche de rentes s'ils sont observés et s'ils conduisent à un changement de contractant permettraient d'accroître le bien-être collectif si the fraction of the total value of the public project that is wasted through the rent seeking contest is not too large".

Bös D. and Kolmar M., (2000), "Self Correcting Mechanisms in Public Procurement: Why Award and Contract should be Separated", *CESinfo working paper series*, June, Munich, 28p.

Coase R., (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, October, pp. 1-44.

Kirat T. and Marty F., (2007), "Contract (Economics of)", in Clark D.S. (ed.) *Encyclopedia of Law and Society – American and Global Perspectives*, SAGE Publications, Thousand Oaks Ca., tome 1, pp. 295-300.

⁶¹ Pour une présentation générale de la notion se reporter à :

Rasmusen E., (1998): "Nuisance Suits", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Ed. Peter Newman, London, MacMillan Press.

⁶² Baumol W. and Ordover J. (1985): "Use of antitrust to subvert competition". *Journal of Law & Economics*, n°28, pp. 247.

⁶³ McAfee R. and Vakkur N. (2005): "The strategic abuse of antitrust laws". *Journal of Strategic Management Education*, Vol.1, n°2, article 4.

une stratégie pour forcer Intel à intégrer la technologie de DEC dans sa nouvelle génération de micro-processeurs. Quand la *Federal Trade Commission* engagea une enquête sur les pratiques commerciales d'Intel, pour vérifier si Intel avait violé la section 2 du Sherman Act, Intel choisit de transiger avec le plaignant. En conséquence, si Intel a évité un contrôle plus approfondi de son comportement de marché, DEC a pu ainsi ralentir l'entrée d'Intel dans le marché des micro-processeurs surpuissants, et le força à acquérir et intégrer sa technologie, et enfin DEC bénéficia de paiement direct par Intel.

Pour McAfee and Vakkur, les litiges privés en matière de droit de la concurrence sont souvent utilisés comme « un instrument potentiel pour harceler, causer préjudice et extorquer des paiements d'autre entreprises ».

Le parallèle avec les litiges portant sur la passation des marchés publics peut être mené en prenant en compte les frais de procédures contentieuses pour les différentes parties intéressées. Des utilisations stratégiques des recours en matière de droit de la concurrence peuvent être favorisées par le fait que dans les affaires de droit de la concurrence, « il peut être plus onéreux de se défendre dans un contentieux que de déclencher un contentieux ». Ce risque est plus évident encore devant la procédure de contestation du GAO dans laquelle un candidat peut déposer un recours sans encourir aucun coût. Deux sortes de stratégies peuvent, de ce fait, apparaître. La première stratégie implique des recours opportunistes conçus pour obtenir des compensations de son rival récompensé. Une négociation bilatérale peut conduire au désistement du requérant. Un second type de stratégies concerne les recours contre l'attribution proprement dite. Si la jurisprudence du GAO peut sembler un peu imprévisible, autrement dit si le défendeur ne peut pas parfaitement anticiper la décision du juge, ce dernier fait face à une insécurité juridique⁶⁴. En conséquence, une entreprise risquophobe peut préférer transiger avec le plaignant plutôt que de courir le risque d'une décision juridictionnelle défavorable. La menace liée aux poursuites stratégiques pour le défendeur est alors d'autant plus significative que les frais de recours sont peu onéreux, ce qui a pour effet d'accroître l'intérêt des recours – même illégitimes – pour les concurrents.

De telles stratégies apparaissent plus difficiles à mettre en œuvre devant la CoFC que devant le GAO pour plusieurs raisons⁶⁵. En premier lieu, il est significativement plus difficile

⁶⁴ Marty F., (2007), « Sécurité juridique et recours à l'analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations », in Boy L., Racine J.-B. et Siirainen F., (sd.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, pp.233-264.

⁶⁵ Metzger R. S. and Lyons D.A., (2007), *op. cit.*

d'obtenir une suspension de la procédure d'attribution devant la CoFC. En fait, bien que la CoFC puisse prononcer une injonction provisoire, elle requiert des conditions plus strictes. La CoFC prononcera une telle injonction seulement si le requérant démontre une chance réelle d'obtenir le marché, un préjudice irréparable, et que la balance entre l'atteinte à ses intérêts et l'intérêt général autorise une telle injonction provisoire. Ce standard plus strict de preuves et le renversement de la charge de la preuve comparé à la procédure devant le GAO permet de prévenir la suspension sans fondement du processus d'achat. Comme Metzger et Lyons l'ont fait remarquer, « en exigeant que le requérant montre que son recours est fondé, la procédure devant le COFC réduit la probabilité que des recours opportunistes et dénués de fondements retardent la poursuite par le gouvernement de l'intérêt public ».

En second lieu, l'incertitude juridique est réduite par le caractère plus formel de la procédure de la CoFC. Le GAO doit rendre sa décision dans une période de temps limitée, et sa décision doit être publiée dans les 100 jours suivant le dépôt du recours. Au contraire, la CoFC requiert 6 mois ou plus pour résoudre l'affaire. Une résolution rapide des litiges ne sert pas automatiquement l'intérêt général si elle pousse l'agence à sacrifier la sécurité juridique. Les procédures de la CoFC sont plus solides, le contrôle qui s'exerce sur le respect des procédures par les juges est plus strict, la compétence à l'égard des contrats publics plus large, les procédures de contrôle plus faciles, et la CoFC a le pouvoir d'exécuter ses jugements. La procédure de contestation des marchés publics est plus formelle devant la CoFC que devant le GAO ce qui rend le processus plus difficile et plus onéreux pour un concurrent opportuniste. En outre, pendant le procès, la CoFC a peu de pouvoir discrétionnaire car elle doit respecter les règles fédérales sur la preuve. Le GAO, par contraste, peut utiliser un processus informel. La procédure de la CoFC augmente aussi la sécurité juridique car les décisions du GAO ne sont sujettes à aucune procédure d'appel puisque le GAO n'est pas à proprement parler un organe juridictionnel. Au contraire, les décisions de la CoFC peuvent faire l'objet d'un appel devant la *Court of Appeals for the Federal Circuit* et éventuellement devant la Cour suprême des Etats-Unis. Metzger et Lyons critiquent cette procédure interne au GAO au motif qu'elle ne garantit pas la sécurité juridique en ce sens que les parties ne peuvent pas anticiper la décision du GAO. Le GAO semble être moins lié par ses précédents qu'une cour. De ce fait, il n'existe aucun moyen de s'assurer qu'une décision du GAO sera conforme à ses décisions antérieures. « Cette potentialité d'inconsistance rend le droit des marchés publics du GAO

moins prévisible, laissant souvent les agents de l'agence face à des directives contradictoires quand ils rencontrent des litiges⁶⁶ ».

Les procédures de la CoFC assurent une plus grande sécurité juridique car ses décisions n'impliquent pas une appréciation raisonnable (*reasonability assessment*) de la décision d'attribution par l'agence. Le caractère « raisonnable » est un critère ambigu, mal défini, qui ne fournit pas une règle claire sur laquelle les parties intéressées peuvent baser leurs attentes. La CoFC, au contraire, utilise un standard rationnel (*rational-basis standard*) tel que défini par le *Tucker Act*. Quand le GAO examine un recours, il apprécie dans quelle mesure la décision de l'agence est conforme aux critères d'évaluation prescrits et avec les lois et règlements sur les marchés publics. La CoFC confirmera l'attribution à moins qu'il existe une preuve que le choix de l'agence a été arbitraire ou qu'il implique un abus de pouvoir, ou bien que la décision ne soit pas conforme au droit. Le caractère raisonnable suggère que le GAO doit apprécier le caractère fondé ou juste de la décision de l'agence. Les critères de la CoFC semblent plus neutres.

En conclusion de cette partie sur le système américain, il convient de relever que les critiques du processus devant le GAO tendent à se concentrer sur les possibilités d'actions opportunistes offertes aux concurrents, du fait du système de suspension automatique, et sur le degré moins élevé de sécurité juridique. Un tel défaut de sécurité juridique peut être préjudiciable pour l'intérêt général et peut encourager les candidats retenus à craindre des décisions erronées et à accepter des transactions afin d'obtenir des désistements d'actions. En d'autres termes, il semble que les critiques à l'endroit des procédures du GAO, et la préférence pour les procédures de la CoFC, sont très proches de celles que l'on trouve dans le cas de la mise en œuvre du droit de la concurrence américain⁶⁷. Faudrait-il que les procédures

⁶⁶ Metzger R. S. and Lyons D.A., (2007), *op. cit.*

⁶⁷ Par exemple, la jurisprudence concurrentielle européenne semble offrir plus de prises à des plaintes émanant de firmes s'estimant victimes de stratégies d'éviction mises en œuvre par des opérateurs dominants. A l'inverse, entre 2000 et 2008, la Division Antitrust du Département américain à la Justice (DoJ) n'avait pas entamé des poursuites devant les tribunaux sur la base d'une violation de la Section 2 du Sherman Act. Selon certains économistes américains, une stratégie d'éviction anticoncurrentielle ne doit faire l'objet d'une sanction que dans la mesure où le plaignant est en mesure d'apporter des preuves irréfutables que son concurrent met en œuvre une stratégie de *monopolisation*. Le risque est que le droit de la concurrence soit instrumentalisé par des entreprises peu efficaces pour se protéger des effets de la concurrence elle-même. Faire droit à de tels recours conduirait à protéger indûment les concurrents au détriment de la concurrence elle-même (Areeda and Hovenkamp, 2008). Le risque pour les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence est de ne pas disposer de règles de décisions suffisamment claires. Comme le relevaient Baumol et Ordover (1985), "obscurity and ambiguity are convenient tools for those enterprises on the prowl for opportunities to hobble competition". Aux Etats-Unis, le risque de faux-positifs a fait l'objet d'une prise en compte des plus soutenue lors de la dernière décennie. La prévention des risques de décisions concurrentielles conduisant à sanctionner à tort une entreprise qui n'avait que joué le jeu de la concurrence par les mérites, occupait une place centrale dans le rapport du DoJ relatif à

de contestations de la passation des marchés publics, comme dans les litiges portant sur le droit de la concurrence, reposent sur des critères objectifs et très stricts, quitte à ce que les pratiques illégales soient rarement sanctionnées ? Y-a-t-il un risque que le processus produise des faux positifs, ce démon suprême de la mise en œuvre des règles de droit ?

III. Analyse statistique

Comme nous l'avons souligné dans notre deuxième section, le GAO est de loin le forum le plus utilisé s'agissant des litiges portant sur la passation des marchés publics aux Etats-Unis, même si sa compétence ne s'étend pas aux litiges portant sur l'exécution. Il apparaît que sa « popularité » est incontestablement due au fait qu'il a été utilisé depuis 1924, que sa « procédure est (relativement) peu onéreuse et informelle »⁶⁸ et que c'est un forum accueillant pour un recours opportuniste.

Avant d'analyser un échantillon des recommandations en matière de recours contre la passation des marchés publics en 2006, il est utile d'analyser quelques statistiques à propos des décisions du GAO tel qu'issus du rapport de 2009⁶⁹.

En moyenne, 1500 recours sont reçus par le GAO tous les ans. Pour l'année fiscale 2008 (FY 2008), 1563 recours contre la passation d'un marché public furent déposés, et il y eut 89 recours pour réexamen. Pendant cette année là, le GAO s'est prononcé sur 1506 recours (en ce compris 52 recours relatifs aux coûts) et trancha 71 demandes de réexamen et pris 4 décisions sur les *non statutory decisions*⁷⁰.

	2004	2005	2006	2007	2008
Décisions au fond	365	306	249	335	291
Nombre de recours	1485	1356	1327	1411	1652

l'application de la Section 2 du Sherman Act, publié dans les derniers mois de l'administration républicaine en 2008. Dès sa prise de fonction à la tête de la division Antitrust du DoJ, au printemps 2009, Christine Varney, la nouvelle Assistant Attorney General, annonça le retrait de ce rapport. Selon elle, ce rapport, qui devait définir la stratégie du DOJ en la matière, était "a blueprint for radically weakened enforcement of the section 2 of the Sherman Act" (Gates, 2009). Le rapport insistait effectivement sur la nécessité d'un recours des plus précautionneux à la Section 2, "in order to avoid chilling economically efficient and innovative conduct by single firms faced with uncertainty about competitive effects of their business decisions". Cependant pour Christine Varney, la prévention du risque de faux positifs se faisait au détriment de la sanction des pratiques potentiellement abusives mises en œuvre par les opérateurs dominants. Il convenait donc de mettre un terme à la *Grande Peur* des faux positifs : "I think the more people in the bar start rejecting this idea of false positives, the better off we're going to be" (Hearings of the Senate Judiciary Commission – nomination of Christine Varney to be Assistant Attorney General in the Antitrust Division, March, 10, 2009).

Areeda P. and Hovenkamp H., (2008), *Antitrust Law*, 3rd edition.

Gates S., (2009), "Obama's Antitrust Enforcers: What can we Expect?", *The Antitrust Source*, April.

⁶⁸ White O.R., (2009), "Protests at GAO: an Introduction", Defense Intelligence Acquisition Conference, April, San Antonio, Texas.

⁶⁹ US GAO, (2008), "Bid protest annual report to the Congress for FY 2008", Washington, December, 22.

⁷⁰ Les décisions "non-statutaires" recouvrent les recours relatifs à des contrats de sous-traitance, à des ventes par des agences fédérales ou encore à des acquisitions réalisées par certaines agences fédérales déterminées.

Part des décisions au fond	24.58%	22.57%	18.76%	23.74%	17.62%
----------------------------	--------	--------	--------	--------	--------

De l'année 2004 à l'année 2008, un pourcentage limité a donné lieu à des décisions au fond (*on the merits*). Moins de 25 % des recours débouchent sur une recommandation finale par le GAO⁷¹. Autrement dit, les décisions de rejet représentent plus de 75 % des recours chaque année.

Si les décisions au fond sont loin d'être systématiques, les décisions faisant droit à la demande sont encore plus rares.

	2004	2005	2006	2007	2008
Décisions faisant droit	75	71	72	91	60
Recours déposés	1652	1411	1327	1356	1485
% de décisions faisant droit/nombre de recours	4.5%	5.0%	5.4%	6.7%	4.0%

En d'autres termes, le GAO ne peut pas être considéré comme un forum efficace pour obtenir l'annulation du contrat, ou même pour obtenir le remboursement des frais de candidature. Cependant, le nombre de recours déposés – et rejetés – indique que de tels litiges sont fréquemment utilisés comme une stratégie de pression à l'égard d'un concurrent.

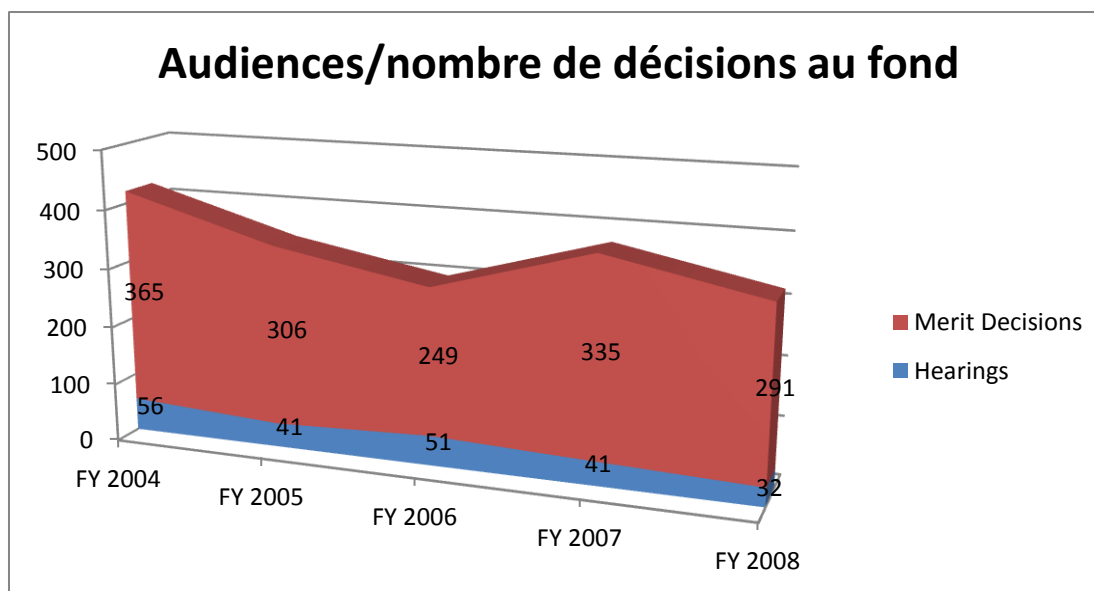
Les statistiques sont toutefois différentes quand l'on se penche sur les décisions au fond. En fait, de 2004 à 2008, le taux de succès a fluctué entre 20 et 30 %, ce qui est très élevé.

	FY 2004	FY 2005	FY 2006	FY 2007	FY 2008
Taux de succès sur les recours jugés au fond	21%	23%	29%	27%	21%

⁷¹ Un recours peut être rejeté s'il n'est pas conforme aux exigences procédurales du GAO (identification du porteur du recours, de l'agence fédérale contractante, de la procédure d'enchère ou du numéro de contrat ou d'informations prouvant que le porteur est effectivement une partie intéressée ou que l'action se fait dans les délais requis par la loi.

Deux remarques peuvent être faites en analysant les décisions du GAO pour 2006.

Premièrement, , il apparaît une très petite proportion de décisions au fond est rendue après audience. Ceci va dans le sens d'une réaction des coûts de procédure pour les parties., Ceci peut d'autant plus favoriser les poursuites stratégiques que les droits des parties seront moins protégés dans le cadre d'un « Bid Protest » que devant une cour.



La seconde observation concerne l'importance des marchés publics du Département américain à la Défense (DoD) dans les statistiques du GAO. Les marchés publics de la défense ont fluctué, depuis 1989, entre 52 et 67 % des recours déposés. Ces données ne sont pas surprenantes compte tenu de l'importance des marchés publics de la défense aux Etats-Unis.

Recours (GAO)	Recours non liés au DoD	Recours liés au DoD
1989	750	1490
1990	705	1326
1991	770	1482
1992	852	1403
1993	844	1492
1994	772	1104
1995	617	1110
1996	632	917
1997	483	799
1998	415	591
1999	301	572
2000	313	467
2001	279	421
2002	294	513

2003	344	510
2004	419	458
2005	331	540
2006	318	473
2007	372	493
2008	416	611

Puisque le site internet du GAO fournit les décisions rendues dans les deux mois qui précèdent, nous avons procédé à une demande automatique auprès du *General printing office* (GPO) pour les recommandations du GAO relatives au recours contre les marchés publics pour l'année 2006.

Nous avons construits notre base de données avec plusieurs paramètres, incluant plusieurs facteurs comme le nombre de décisions, le plaignant, le secteur d'activité, le type d'agence concernée, la décision du GAO (irrecevable, acceptation, rejet), et plus important encore, les recommandations du GAO (s'il est fait droit ou non à la demande). Malheureusement, nous avons échoué, dans ce travail préalable, à collecter systématiquement des informations sur la suspension automatique, qui constitue le réel nœud gordien pour les recours intempestifs déposés par des concurrents opportunistes. En outre, il aurait été utile d'étendre notre étude aux années 2007 et 2008.

Cependant, nous pouvons présenter des statistiques significatives de l'activité du GAO en matière de recours contre la passation des marchés publics pour l'année 2006. Nous avons essayé de mettre en lumière des aspects critiques, qui pourraient nourrir la réflexion sur la comparaison franco-américaine des pratiques, et permettre une analyse économique des stratégies d'utilisation des recours par les entreprises.

Tout d'abord, il est nécessaire de dire un mot des bases de données construites à partir des archives du GAO (la requête a été réalisée le 4 juin 2009 sur le site Internet du GPO).

Les recours contre la passation des contrats fédéraux représentent 166 affaires sur 208. Les autres concernent les opinions du GAO sur des programmes publics ou des questions particulières⁷², y compris les litiges portant sur la concurrence publique-privée dans le cadre de l'application de la circulaire A-76 de l'*Office of Management and Budget* et de litiges relatifs à d'autres contrats publics tels que ceux de la NASA. Un exemple d'un tel recours est illustré par le recours d'Exploration Partner LCC déposé le 19 décembre 2009 (B-298804). En vertu du CICA de 1984, le GAO n'a pas compétence pour contrôler les contrats liés au Space Act regroupés dans la catégorie « autres transactions ».

Cependant, si de tels contrats ne relèvent pas de la compétence du GAO, ce dernier peut néanmoins examiner un recours soutenant que l'autorité contractante a improprement fait usage d'une transaction « hors réglementation afférente aux acquisitions fédérales », alors qu'un marché public était obligatoire. Il existe d'autres schémas dans lesquels le

⁷² Ce fut par exemple le cas pour "Help America Vote Act of 2002: Audits and Recovery of Funds" (case B-306475, January, 30, 2006).

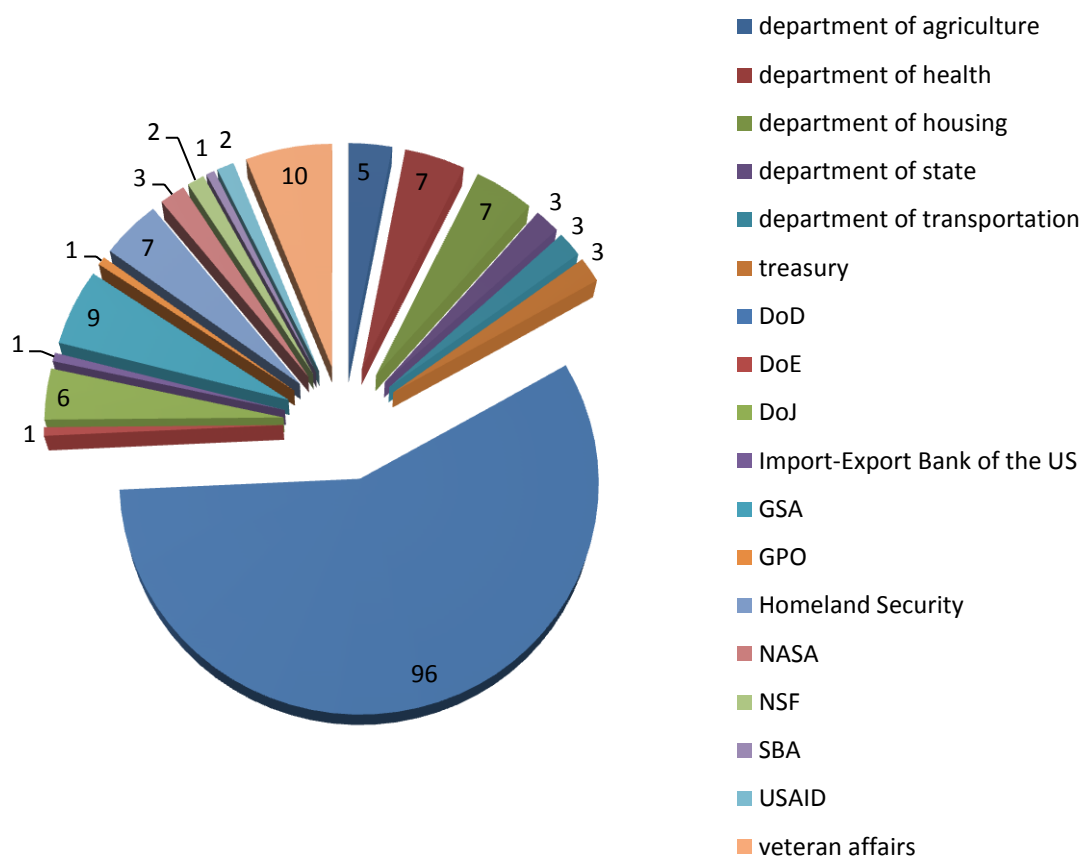
gouvernement est le vendeur et non l'acheteur. Par exemple, dans l'affaire Squire Timbers Companies (B-298859, December 1, 2006), le Ministère de l'Agriculture (plus précisément son service des forêts) a mené un appel à concurrence (le Devil's Club Timber Sale) pour vendre un bois en sa possession. Quand de tels contrats sont passés, les entreprises soumettent des offres pour acheter des produits gouvernementaux.

Notre recherche inclut des offres qui ne sont pas directement liées à des questions de passation des marchés publics (qu'il s'agisse de l'attribution ou des recours contre l'avis d'appel public à concurrence), mais sont en rapport avec le remboursement des frais de procédure d'une recommandation antérieure du GAO. L'affaire BAE technical services Inc. est un exemple d'une telle décision. Dans cette affaire, (B-296699, August, 11, 2006), le GAO conclût que le BAE devait bénéficier d'une compensation financière de la part de l'US Air Force pour les coûts de procédure d'un recours précédent (BAE Tech. Serves. Inc., B-296699, Oct. 5, 2005).

Il y a eu aussi des recours basés sur les dispositions législatives relatives au *Small Business Act*, au *Buy American Act*, et même plus spécifiquement au *Recovery Act* après l'ouragan Katarina, en vertu duquel une partie des marchés publics est réservé à certaines entreprises.

Le Ministère de la Défense est sans surprise l'autorité la plus touchée par les litiges relatifs au droit des marchés publics. Parmi les 166 décisions le GAO en 2006 disponibles sur le site du GPO, 96 concernaient ce Ministère. Il représentait donc à lui seul 58 % des cas où le GAO fit des recommandations sur le fond en 2006.

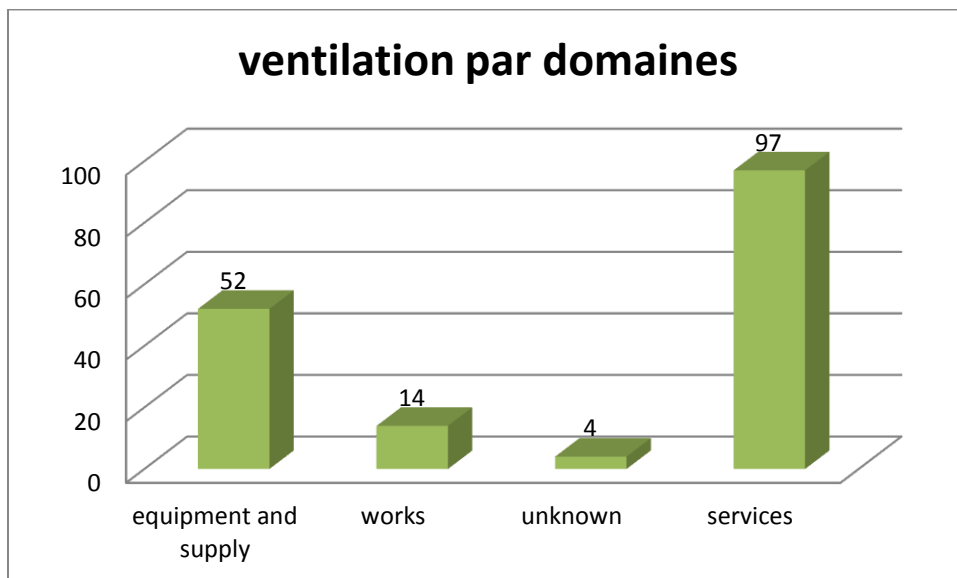
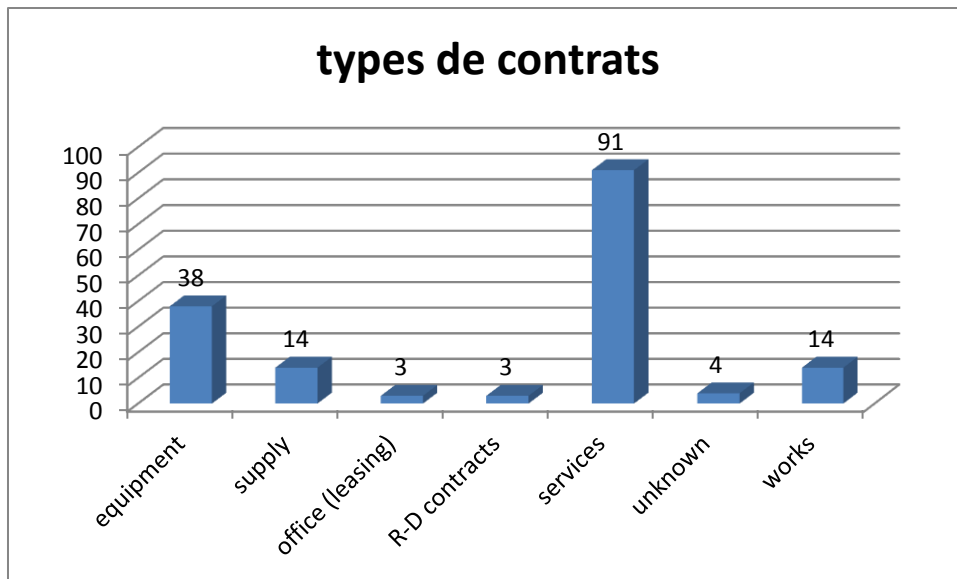
recours contre les marchés publics/ autorités publiques



Le domaine de la Défense s'étend en outre aux recours contre le Ministère des anciens combattants et contre le Ministère de la sécurité intérieure. Le cumul des recommandations du GAO dans ce domaine atteint 113 affaires, c'est-à-dire environ les 2/3 des recours contre les marchés publics dans notre échantillon (68 %).

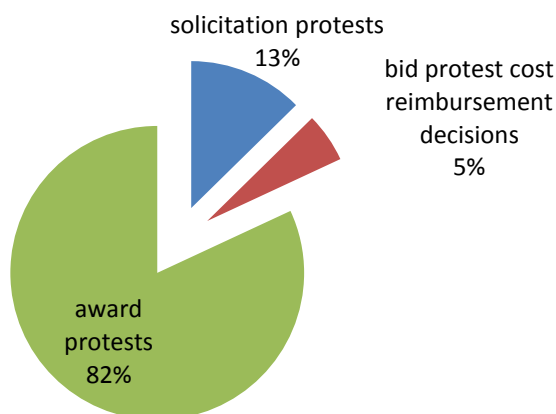
Une analyse par type de contrat illustre la prédominance des marchés de service⁷³.

⁷³ Un même résultat fut obtenu par Kirat et al. quant aux contentieux liés à l'exécution des contrats. Les contrats de service représentaient 39 % des décisions du General Service Board of Appeals (GSBCA) en 2005. Kirat T., Vidal L., Delion A., Kelesidis D., Marty F. and Uri D., (2007), « De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée des contrats publics », in du Marais B., (s.d.), *Agences de notation, immobilier et contrats publics : Contributions sur l'attractivité économique du droit*, Perspectives sur la justice, La Documentation Française, pp.165-252.



Les données quant aux différents types de recours montrent que les recours contre les décisions d'attribution sont beaucoup plus fréquents que les recours contre les appels à concurrence.

Types de recours devant le GAO



La plupart des recours sur l'appel à concurrence concernent des problèmes liés à l'accès aux marchés publics (16 recours sur 21). Pour les recours sur l'attribution, cette base de recours (l'accès aux marchés publics) n'est présente que dans 8 affaires (sur 137 recours). Les recours basés sur l'accès inégal aux marchés publics sont généralement liés à l'éligibilité des certains programmes comme le *Small Business Act* ou le *SBIR (Small Business Innovation and Research)* ou sur des problèmes plus spécifiques comme la prolongation de la durée d'un contrat. A titre d'exemple d'un recours retenu par le GAO contre le Ministère de l'énergie (*Department of Energy - DoE*) relatif à la prolongation de la durée d'un de ses contrats avec CSC Sytems & Solution LLC pour *certain services non spécifiques*⁷⁴ pour 9 mois, le Ministère estima que CSC était le seul opérateur possible⁷⁵. L'attribution fut contestée par MD Thompson Consulting et PMTech Inc, deux PME⁷⁶, et le GAO fit droit à la demande car l'Agence n'avait pas fourni une information suffisante pour offrir aux entreprises potentielles la possibilité de proposer de tels services, ou de démontrer leur capacité à remplir les exigences du DoE. « L'avis d'intention d'tendre la période d'exécution », publié par le DoE n'a pas, en fait, donner aux concurrents potentiels une chance suffisante de contester de choix. En conséquence, le GAO soutint que le DoE avait altéré la concurrence en violant les textes applicables. Le GAO recommanda que le DoE publie un synopsis révisé donnant aux concurrents potentiels une information relative au cahier des charges particulier et aux déclarations de candidatures requises. S'il était permis à l'agence d'éviter une attribution directe à un seul contractant, il était recommandé de le faire⁷⁷.

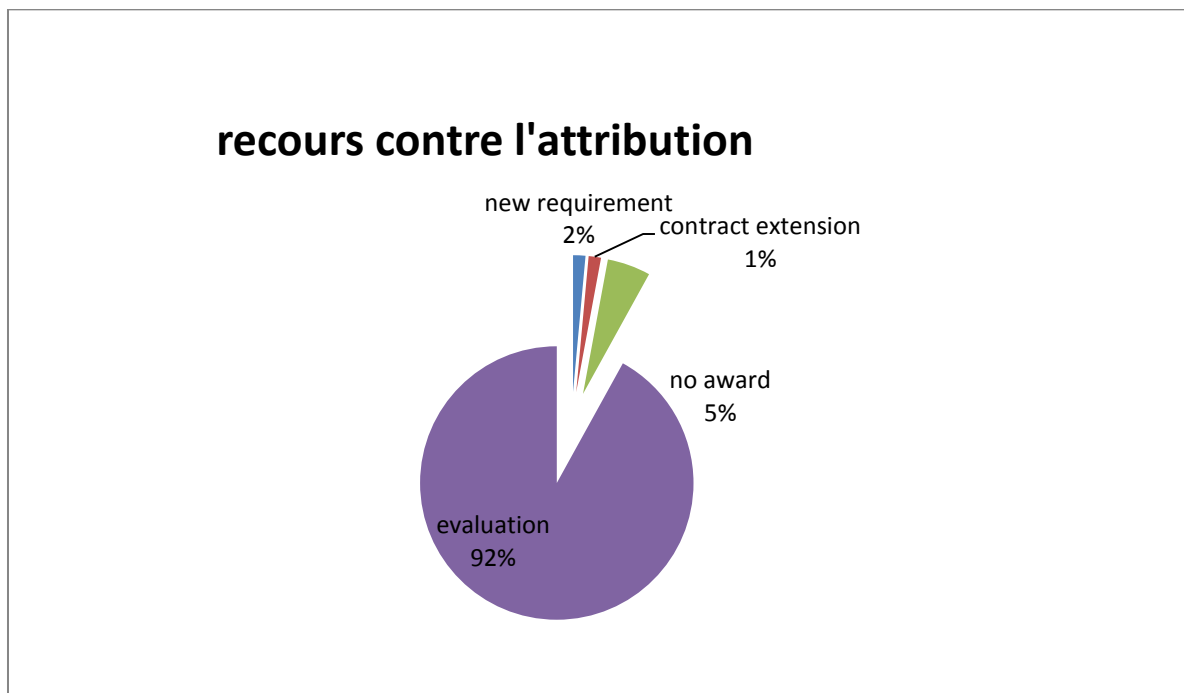
⁷⁴ Ntd : en italique dans le texte

⁷⁵ Selon le DoE (Département pour l'Energie), "no other firm has the requisite knowledge, experience and capability to assume the critical, highly specialized technical and administrative support without interruption".

⁷⁶ B-297616(2), February, 14, 2006.

⁷⁷ Le GAO recommande également que le DoE rembourse les coûts liés à la procédure (sous contrainte d'un montant raisonnable).

Néanmoins, la plupart des recours implique des contestations des critères utilisés par l'agence, et la manière dont l'agence a mis en œuvre et appliqué ces critères (126 recours sur 137).

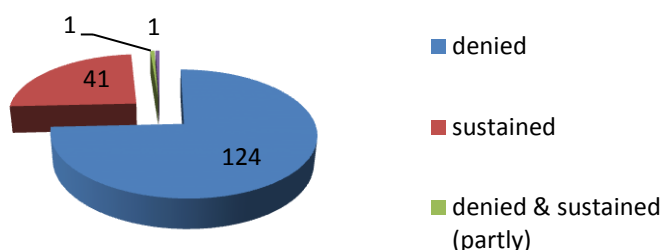


Un bon exemple de ce type de litiges peut être trouvé dans l'affaire *Puglia Engineering of California Inc* (B-297413, 20 janvier 2006). Cette affaire concernait un contrat relatif aux services de réparation de navires d'accostage pour le *US Coast Guard vessel*, et le plaignant estimait que l'appréciation de son offre par l'autorité contractante était déraisonnable et sans rapport avec les critères d'évaluation fixés⁷⁸.

Quelques recours traitent des cas où l'agence choisit de renoncer à l'achat. D'après la jurisprudence du GAO, une agence contractante doit montrer un fondement raisonnable à l'annulation de l'appel à concurrence ; l'insuffisance des fonds (si cela ne résulte pas de la mauvaise foi) peut constituer une motivation adéquate. La tendance générale en ce qui concerne le taux de succès des recours au fond (20 % retenus, 80 % rejetés) est confirmée par notre échantillon. Les recours retenus représentent 25 % des recours contre la passation des marchés publics dans notre échantillon (les statistiques du GAO révèlent pour l'année 2006 un taux de succès de 29 % pour toutes les catégories de recours contre la passation des marchés publics).

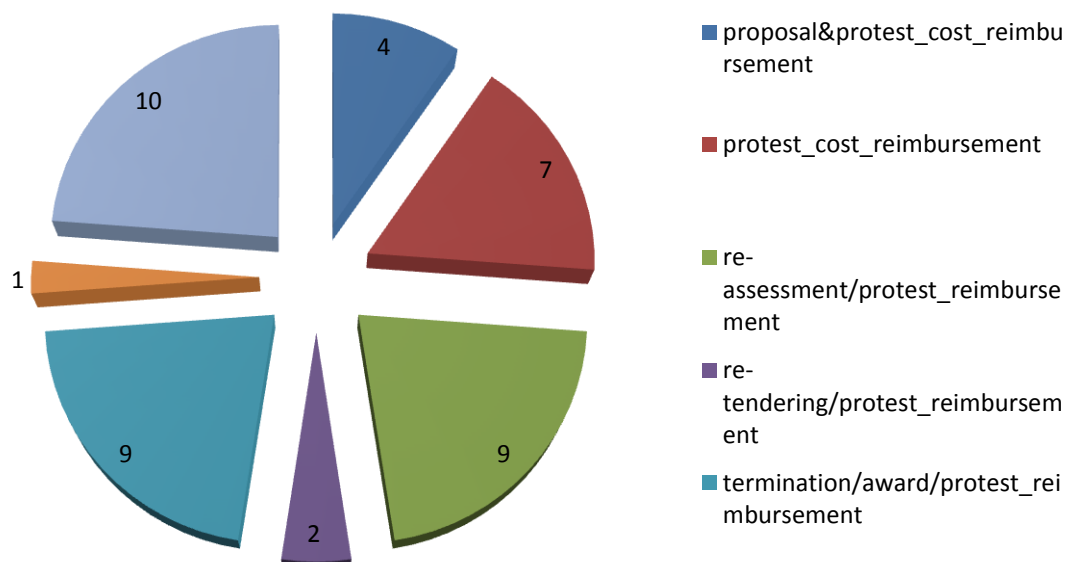
⁷⁸ Il convient également de souligner que les recommandations du GAO reposent sur une évaluation de la raisonnable de la décision de l'autorité publique contractante et de l'équité de sa conduite durant la procédure de mise en concurrence. Les contestations sur la base de la subjectivité de la procédure doivent donc s'analyser au cas par cas.

parts des différents types de recommandation du GAO



Pour le Ministère de la Défense (DoD), les recours furent retenus dans 24 cas et rejetés dans 72 cas. Avec 25 % de recours retenus, le DoD est parfaitement représentatif de l'ensemble des agences gouvernementales. Quand un recours est retenu, les recommandations du GAO peuvent prendre différentes formes. Le GAO peut recommander que l'agence dédommage la firme à l'origine du recours pour les frais de procédure engagés.. Il peut aussi proposer, dans des cas plus rares, un remboursement des frais de candidature. Le GAO peut aussi recommander une nouvelle appréciation des offres, ou (si les critères de sélection n'étaient pas satisfaisants), une nouvelle procédure de passation. Nous avons aussi vu que le GAO peut proposer une résiliation anticipée du contrat. Ensuite, deux choix sont possibles. Dans le premier, une nouvelle procédure de passation doit être engagée. Dans le second, le GAO peut proposer d'attribuer le contrat au requérant.

Recommandations du GAO s'il est fait droit au recours



Dans notre échantillon, nous avons trouvé 20 propositions de résiliation du contrat and 11 recommandations de rouvrir la procédure sur un total de 42 recours retenus. Dans seulement un quart des cas (11), le GAO a recommandé que le candidat requérant obtienne le remboursement de ses frais de candidature.

Il n'y a pas de statistiques équivalentes en France en ce qui concerne les recours dans le domaine des contrats publics. Les seules statistiques disponibles peuvent être trouvées dans un rapport de 2007 de l'OCDE cité supra. De ce rapport, il résulte que la France à un nombre très important de recours en matière de passation des marchés publics (plus de 4000 en 2005). Le taux de succès est très élevé (en 2004, il était de 44 % en référé précontractuel mais de 53 % tout recours confondus – 2538 en faveur du requérant pour 1515 rejets devant les tribunaux administratifs).

Cependant, aucune autre information ne peut être déduite de cette étude en ce qui concerne les conséquences économiques de ces recours. De ce fait, nous avons choisi de prendre un échantillon à partir de la jurisprudence disponible sur des sites juridiques en ligne (par exemple Lexis-Nexis). Les termes de la comparaison sont assez différents des Etats-Unis car

les jugements des tribunaux administratifs ne sont pas disponibles, mais aussi parce qu'aucune différence n'est faite entre les contrats de l'Etat et les contrats des collectivités locales. Nous avons décidé de limiter notre étude aux décisions rendues par le Conseil d'Etat qui intervient comme juge de cassation des arrêts des cours administrative d'appel et des ordonnances rendues par les tribunaux administratifs (pour le référé précontractuel). Pour 2006, sur 25 affaires mettant en jeu la passation des marchés publics devant le Conseil d'Etat, 20 concernaient des collectivités locales, 2 des Ministères (de la Défense et de l'Intérieur), un impliquait un établissement public (ANPE), 1 un hôpital et 1 une autorité portuaire. Les requérants étaient tous des candidats rejetés (sociétés) à l'exception d'un (qui concernait un recours d'un préfet contre un contrat local). Une majorité de ces contrats avait trait aux marchés de travaux, plus particulièrement à la construction ou la rénovation de bâtiments, mais les services d'enlèvement d'ordures ménagères étaient également concernés (7 affaires).

En ce qui concerne le type de recours, 20 étaient des référés précontractuels, 1 concernait l'annulation d'un acte détachable, 1 l'annulation du contrat (le recours du Préfet), 1 la suspension d'un acte détachable, 1 la suspension de l'exécution du contrat et 1 un recours en responsabilité.

18 décisions sur 25 ont donné raison au requérant de première instance (c'est-à-dire aux candidats rejetés ou au Préfet), ce qui est un taux de succès très élevé. Parmi les autres recours, dans un cas, le requérant prouva qu'il y avait eu violation des règles de passation des marchés publics mais échoua à prouver qu'il avait une chance réelle et sérieuse d'emporter le marché, condition requise en sus pour toute action en responsabilité. Tous les autres rejets correspondent au cas où le contrat fut signé pendant le délai de pourvoi en cassation d'un référé précontractuel et que le Conseil d'Etat a dû rejeter pour défaut d'objet sans examiner le fond.

IV. Conclusion

Comme nous l'avons vu, le GAO a fourni 166 recommandations dans des affaires de marchés publics en 2006 (1327 recours furent déposés en 2006 devant le GAO). Par comparaison, les juridictions administratives françaises font face à environ 4000 affaires par an en moyenne, en tenant compte des marchés des collectivités locales qui sont de loin les affaires les plus nombreuses, ainsi que notre échantillon le montre. Au total, nous pouvons estimer que les chiffres, en termes quantitatifs, sont d'une échelle équivalente en France et aux Etats-Unis. Par contraste, au Royaume-Uni, les chiffres sont beaucoup plus bas (1 ou 2 affaires par an

dans les années 2005-2006). La première conclusion que l'on peut en tirer est que le nombre de recours ne correspond pas à une division *common law*/droit civil ou continental.

Cependant, il est permis de mettre en lumière des différences significatives entre les systèmes de recours français et américains. La première divergence concerne la période de moratoire introduite par la nouvelle directive européenne qui n'autorise pas la signature du contrat pendant un délai de 17 jours en principe, de manière à permettre l'introduction le cas échéant d'un référé précontractuel. Le système du GAO prévoit une suspension automatique de la procédure de passation du marché public mais sans moratoire. De manière intéressante, la nouvelle procédure adoptée à la suite de l'ordonnance du 7 mai 2009 a aussi prévu un système de suspension automatique tout en maintenant l'exigence d'un moratoire. Cependant, cette différence peut s'expliquer puisqu'aux Etats-Unis, le fait que le contrat soit signé ne modifie pas le recours applicable alors que la France comme les autres pays européens ont tendance à distinguer les recours précontractuels des recours post-contractuels (c'est-à-dire une fois que le contrat est signé), et de ce fait accorde en théorie une plus grande importance au principe de la force obligatoire du contrat.

En outre, les recommandations ouvertes aux Etats-Unis comprennent la reprise de la procédure de passation, la résiliation du contrat, ou une proposition du requérant d'obtenir le contrat, cette dernière hypothèse n'étant pas possible en France. Au contraire, un requérant ne peut obtenir des dommages et intérêts aux Etats-Unis, à l'exception du remboursement des frais de recours et plus rarement des frais de candidature mais pas du manque à gagner, alors que cette dernière hypothèse est ouverte en France et assez souvent accordée.

Si plus de 1500 recours sont déposés par an aux Etats-Unis, seuls 2 ou 300 débouchent sur une décision au fond. 5 raisons expliquent ce faible nombre de décisions au fond. Premièrement, des recours multiples sont possibles contre la passation d'un marché public. Deuxièmement, les requérants se désistent fréquemment de leurs recours en raison de transactions avec une autre entreprise. Troisièmement, le GAO peut, à plusieurs niveaux, déclarer le recours irrecevable sans se prononcer au fond. Quatrièmement, l'agence peut décider elle-même de mesures correctives, comme par exemple de recommencer la procédure de passation. Cinquièmement, le GAO et les parties elles-mêmes peuvent proposer des modes alternatifs de règlement des litiges.

Il n'existe pas en France de statistiques sur ce sujet mais il est très probable que la part de décision au fond au regard du nombre de recours est bien plus élevée.

L'autre différence fondamentale concerne le taux de succès qui est de 53 % devant les juridictions administratives et de 9 % devant le GAO.

Néanmoins, plusieurs convergences peuvent être pointées. D'un côté, le système français de recours devient de moins en moins « objectif ». En d'autres termes, les recours dans le domaine des contrats sont de plus en plus perçus comme servant les intérêts privés des candidats malheureux que l'intérêt général (consistant à respecter les règles d'ordre public). Cette évolution peut être constatée en premier lieu à partir de la jurisprudence du Conseil d'Etat de 2008 qui limite désormais les moyens d'illégalité invocables en référé précontractuel à ceux dont a eu à souffrir le requérant. En deuxième lieu, il a aussi créé un autre recours en 2007 à l'encontre des contrats signés ouvert aux concurrents évincés. De manière intéressante, ce recours n'est pas ouvert aux autres tiers. Troisièmement, l'ordonnance du 7 mai 2009, qui transpose la nouvelle directive recours, a introduit une suspension automatique pour les recours précontractuels. Elle a aussi créé un nouveau recours contre les contrats signés qui est ouvert aux candidats, réels ou potentiels, en cas de violations graves des règles du droit des marchés publics et quand le requérant n'a pas utilisé le référé précontractuel.

D'un autre côté aux Etats-Unis, des considérations d'intérêt général peuvent amener le GAO à rejeter un recours alors que l'on pourrait penser que les candidats victimes d'une illégalité seraient mieux protégés qu'en France.

En somme, bien que des différences importantes aient été mises en exergue d'un point de vue juridique et économique, résultats de différences culturelles, des convergences se dessinent entre les systèmes. En ce qui concerne la France, cette évolution est probablement le reflet, directement ou par effet de débordement, de l'influence du droit européen sur le droit français.